

Tuomarin päätöksenteko ja vankeusrangaistuksen perusteleminen

OTM-tutkielma

Ville A. Saarinen

Oikeustieteellinen tdk

Helsingin yliopisto

Marraskuu 2015



Tiedekunta/Osasto Fakultet/Sektion – Faculty Oikeustieteellinen tiedekunta		Laitos/Institution – Department	
Tekijä/Författare – Author Ville A. Saarinen			
Työn nimi/Arbetets titel – Title Tuomarin päätöksenteko ja vankeusrangaistuksen perusteleminen			
Oppiaine/Läroämne – Subject Prosessi- ja insolvenssioikeus			
Työn laji/Arbetets art – Level OTM-tutkielma		Aika/Datum – Month and year Marraskuu 2015	Sivumäärä/ Sidoantal – Number of pages 74
<p>Tiivistelmä/Referat – Abstract</p> <p>Tutkielma käsittelee rangaistuksen määräämistä monitieteisesti rikosoikeuden, prosessioikeuden ja kognitiivisen psykologian näkökulmista. Tutkielmassa esitetään päätöksenteon tutkimuksen alaan kuuluvan tutkimuskirjallisuuden pohjalta psykologisesti realistinen kuva rangaistuksen määräämisestä kognitiivisena prosessina. Rangaistusseuraamuksen perustelemista tarkastellaan käyttäen aineistona käräjäoikeuksien seuraamusperusteluja.</p> <p>Tuomarit ja monet muut ammattilaiset ovat siinä käsityksessä, että heidän ammattitaitonsa kehittyi kokemuksen myötä. Esimerkiksi juuri tuomarin päätöksentekoympäristö on kuitenkin sellainen, että vaikka itsevarmuus kasvaakin kokemuksen karttuessa, ns. implisiittistä oppimista eli intuitioiden kehittymistä ei tapahdu. Tämä edellyttäisi päätöksentekoympäristöltä riittävää ennustettavuutta ja välitöntä palautetta onnistumisista ja epäonnistumisista. Tuomari, erityisesti rangaistuksen määrääjä, ei tee työtään tällaisessa ympäristössä vaan varsin vaihtelevassa ympäristössä, jossa palaute on erittäin harvinaista ja epä säännöllistä. Tällainen ympäristö altistaa päinvastoin epäolennaisten seikkojen hiipivälle vaikutukselle ja väärin heuristiikkojen kehittymiselle. Tuomarin täytyy kehittää ammattitaitoaan tietoisella, systemaattisella opiskelulla eikä luottaa siihen, että päätöksenteko kehittyisi kokemuksen myötä kuin itsestään.</p> <p>Tutkitut perustelut ovat törkeästä pahoinpitelystä tuomittujen rangaistusseuraamusten perusteluja. Törkeän pahoinpitelyn rangaistusasteikko mahdollistaa normaalisti vain ehdollisen ja ehdottoman vankeusrangaistuksen, joten tuomarin päätöksenteko muodostuu näissä tapauksissa vankeusrangaistuksen keston mittaamista ja vankeuslajin valinnasta. Rikoslain järjestelmässä nämä osaratkaisut pitäisi tehdä erikseen ja painottaen osittain eri perusteita. Mittaamisratkaisu tulisi tehdä ensin. Perusteluista kuitenkin havaitaan, että näitä rangaistuksen aspektoja ei aina perustella erikseen vaan vankeusrangaistuksen kesto ja laji (ehdollinen tai ehdoton) perustellaan varsin usein samalla kertaa ja samoin perustein. Tämä on tutkielmassa kutsuttu holistiseksi perustelutavaksi. Silloin kun mainitut osaratkaisut perustellaan erikseen, vankeuslajia perustellaan erityisesti rikostaustalla. Tällöin jää epäselväksi, onko teonpiirteitä otettu enää tässä vaiheessa huomioon, kuten rikoslain mukaan pitäisi. Lisäksi vankeuslajin valinta perustellaan ja siis oletettavasti tehdään joskus ennen mittaamisratkaisua, joskin tämä vaihtoehto on melko harvinainen.</p> <p>Suomessa ei ole tehty kokeellista tutkimusta tuomarin päätöksenteosta, ja tutkielmassa esitetäänkin useita mahdollisia koeasetelmia tätä tarkoitusta varten. Rikosoikeudellisessa ja prosessilainsäädännössä tulee ottaa huomioon päätöksenteon kognitiiviset reunaehdot. Rangaistuksen määräämisen löyhä sääntely yhdistettynä mittaamisprejudikaatteihin vaikuttaa jokseenkin toimivalta ratkaisulta.</p>			
Avainsanat – Nyckelord – Keywords oikeuspsykologia, päätöksenteko, rangaistuksen määrääminen, tuomari			
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited Helsingin yliopiston pääkirjasto			
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information			

Sisältö

Lähteet.....	2
1 Johdanto	9
1.1 Tutkimuskohde ja sen rajausta.....	9
1.2 Päätöksenteon tutkimuksesta.....	11
1.3 Rangaistuksen määrääminen: vapaata harkintaa vai lainkäyttöä	12
1.4 Työn rakenne.....	15
2 Tuomarin päätöksenteko	15
2.1 Mitä on rationaalisuus	15
2.2 Päätöksenteon kaksoisprosessiteoriat.....	18
2.2.1 Oikeusteoreettinen kaksoisprosessiteoria.....	18
2.2.2 Kognitiivisen psykologian kaksoisprosessiteoriat.....	22
2.2.3 Sosiaalipsykologian ja moraalipsykologian kaksoisprosessiteoriat	25
2.3 Kaksoisprosessiteorioiden vertailua.....	28
2.4 Tuomarin päätöksenteko: millaisia erityispiirteitä ja vaihteita siihen sisältyy	29
2.6 Suomalaisen käräjätuomarin päätöksentekoympäristö	36
3 Rangaistuksen määräämisen perusteleminen	40
3.1 Rangaistuksen määräämisen ja mittaamisen oikeusnormit	40
3.2 Tuleeko ensin päättää vankeusrangaistuksen kestosta vai ehdollisuudesta	43
3.3 Rangaistuksen mittaaminen erityisesti törkeästä pahoinpitelystä	46
3.4 Rangaistuksen mittaamisen ja vankeuslajin valinnan perustelut.....	55
3.4.1 Törkeä pahoinpitely, ehdoton vankeusrangaistus.....	57
3.4.2 Törkeä pahoinpitely, vähemmän kuin 1 v 6 kk ehdotonta vankeutta	60
3.4.3 Törkeä pahoinpitely, ehdollinen vankeusrangaistus ja yhdyskuntapalvelua.....	62
3.4.4 Törkeä pahoinpitely, vähintään 1 v 6 kk ehdollista vankeutta	64
3.4.5 Törkeä pahoinpitely, vähemmän kuin 1 v 6 kk ehdollista vankeutta	66
4 Johtopäätökset	67

Lähteet

Kirjallisuus

Aarnio (1975)

Aarnio A. (1975) *Laki, teko ja tavoite*. Forssan Kirjapaino Oy, Forssa 1975.

Airaksinen (2014)

Airaksinen H. (2014) *Todistajanlausunnon luotettavuuden arviointi tuomioistuimessa*. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, *pro gradu* -tutkielma, 2014.

Ashworth (1992)

Ashworth A. (1992) *Sentencing and criminal justice*. Weidenfeld and Nicolson, London 1992.

Bergholtz (2000)

Bergholtz G. (2000) Rationality and reasonableness of judicial decisions. Some thoughts from the Swedish point of view on judges' decision-making. Teoksessa *The reasonable as rational. On legal argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, s. 69–80. Toim. Krawietz W., Summers R. S., Weinberger O. & von Wright G. H. Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2000.

Dhami ym. (2015)

Dhami M. K., Belton I. & Goodman-Delahunty J. (2015) Quasirational models of sentencing. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* 4:3, 2015, s. 239–247.

Dijksterhuis ym. (2006)

Dijksterhuis A., Bos, M. W., Nordgren L. F. & van Baaren, R. B. (2006) On making the right choice: The deliberation-without-attention effect. *Science* 311, 2006, s. 1005–1007.

Empiirinen tutkimus oikeustieteessä (2004)

Empiirinen tutkimus oikeustieteessä (2004), toim. Lindfors, H. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 64, Helsinki 2004.

Englich ym. (2006)

Englich B., Mussweiler T. & Strack F. (2006) Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 32:2, s. 188–200.

Ervasti (2003)

Ervasti K. (2003) Oikeuden empiirisestä tutkimuksesta, *Oikeus* 32, s. 48–50.

Ervasti (2007)

Ervasti K. (2007) Tuomioistuimet ja oikeuslaitos tutkimuksen kohteena: Lähestymistavan valinta. Teoksessa *Tuomioistuintutkimus muuttuvassa maailmassa*, s. 9–18. University of Helsinki Conflict Management Instituten julkaisuja, Vaajakoski 2007.

Evans & Over (1996)

Evans J. St.B. T. & Over D. E. (1996) *Rationality and reasoning*. Psychology Press, Hove 1996.

Freiberg & Krasnostein (2011)

Freiberg A. & Krasnostein S. (2011) Statistics, damned statistics and sentencing, *Journal of Judicial Administration* 21(2), 2011.

Foucault (1978)

Foucault M. (1978) About the concept of the “dangerous individual” in 19th-century legal psychiatry, *International Journal of Law and Psychiatry* 1, s. 1–18.

Gigerenzer & Goldstein (1996)

Gigerenzer G. & Goldstein D. G. (1996). Reasoning the fast and frugal way: Models of bounded rationality, *Psychological Review* 103:4, 1996, s. 650–669.

Gräns (2005)

Gräns M. (2005) Some aspects of legal decision making in the light of cognitive consistency theories. Teoksessa Walhgren P. (toim.) *Perspectives on jurisprudence. Essays in honor of Jes Bjarup. Scandinavian studies in law*, 48, 2005, s. 100–122.

Gräns (2006)

Gräns M. (2006) Om interaktiv rättsdogmatik. Teoksessa *Interaktiv rättsvetenskap. En antologi*, s. 59–74. Toim. Gräns H. & Westerlund S. Universitetsryckeriet, Uppsala 2006.

Gräns (2013)

Gräns M. (2013) *Decisio juris*. Iustus Förlab AB, Uppsala 2013.

Guthrie ym. (2007)

Guthrie C., Rachlinski J. J. & Wistrich A. J. (2007) Blinking on the bench: How judges decide cases. *Cornell Law Review* 93:1, 2007.

Hammond (2007)

Hammond G. (2007) Sentencing: Intuitive synthesis or structured discretion? *New Zealand Law Review* 211, 2007, s. 211–234.

Hammond (2010)

Hammond K. R. (2010) Intuition, no! ...Quasirationality, yes! *Psychological Inquiry* 21:4, 2010, s. 327–337.

Hewton (2010)

Hewton T. (2010) Instinctive synthesis, structured reasoning, and punishment guidelines: Judicial discretion in the modern sentencing process. *31 Adelaide Law Review* 79, 2010.

Holyoak & Simon (1999)

Holyoak K. J. & Simon D. (1999) Bidirectional reasoning in decision making by constraint satisfaction, *Journal of Experimental Psychology: General* 128, 1999, s. 3–31.

Hupli (2004)

Hupli T. (2004) *Täytäntöönpanointressi yrityssaneerauksessa. Insolvenssioikeudellinen tutkimus saneerausvelkojan oikeusaseman perusteista*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.

Kahneman & Klein (2009)

Kahneman D. & Klein G. (2009) Conditions for intuitive expertise: A failure to disagree. *American Psychologist* 64:6, 2009, s. 515–526.

Klein (2015)

Klein G. (2015) A naturalistic decision making perspective on studying intuitive decision making. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* 4:3, 2015, s. 164–168.

Klemetti (2014)

Klemetti S-M. (2014) *Oikeudellisten konstruktioiden kinetiikka*. Publications of the University of Eastern Finland. Dissertations in Social Sciences and Business Studies 90, Joensuu 2014.

Lappi-Seppälä (1987)

Lappi-Seppälä T. (1987) *Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisu A-sarja, N:o 173, Vammala 1987.

Melander (2011)

Melander S. (2011) Yhdenvertaisuus rikosoikeudessa. *Oikeus* 40:2, 2011, s. 175–198.

Ojala (2014)

Ojala T. (2014) *Seksuaalirikokset*. Edita, Helsinki 2014.

Peer & Gamliel (2013)

Peer E. & Gamliel E. (2013) Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review* 49, s. 114–118.

Posner (2008)

Posner R. A. (2008) *How judges think*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 2008.

Seuraamusjärjestelmä (2014)

Seuraamusjärjestelmä. *Kontrollijärjestelmä tilastojen ja tutkimusten valossa* 2014.

Rikosoikeus (2009)

Rikosoikeus. Oikeuden perusteokset, Talentum, Juva 2009.

Saunders (2009)

Saunders, L. F. (2009) Reason and intuition in the moral life. Teoksessa *In two minds. Dual processes and beyond*, s. 335–354. Toim. Evans J. St. B. T. & Frankish K. Oxford University Press 2009.

Shanteau (2015)

Shanteau J. (2015) Why task domains (still) matter for understanding expertise. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* 4, 2015, s. 169–175.

Strömholm (2000)

Strömholm S. (2000) Rationality and goal-setting: Tasks for legal scholars? Teoksessa *The reasonable as rational. On legal argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, s. 69–80. Toim. Krawietz W., Summers R. S., Weinberger O. & von Wright G. H. Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2000.

Taleb (2012)

Taleb N. N. (2012) *Antifragile. Things that gain from disorder*. Penguin Books, Great Britain 2012.

Tapani (2009)

Tapani J. (2009) KKO 2008:85 Törkeä pahoinpitely ja rangaistuksen mittaaminen. Teoksessa *KKO:n ratkaisut kommentein 2008:II*.

Tapani & Tolvanen (2011)

Tapani J. & Tolvanen M. (2011) *Rikosoikeus. Rangaistuksen määrääminen ja täytäntöönpano*. Talentum, verkkojulkaisu 2011.

Tetlock (2005)

Tetlock, P. A. (2005) *Expert political judgment*, Princeton University Press, United States of America 2005.

Virolainen & Martikainen (2010)

Virolainen J. & Martikainen P. (2010) *Tuomion perusteleminen*. Talentum, Helsinki 2012.

Viscusi (1999)

Viscusi W. K. (1999) How do judges think about risk? *American Law and Economics Review* 1(1), 1999, s. 26–62.

Vrij (2004)

Vrij A. (2004) Why professionals fail to catch liars and how can they improve. *Legal and Criminal Psychology* 9/2004, s. 159–181.

Vuorenpää (2007)

Vuorenpää M. (2007) Minkälaista prosessioikeudellista tutkimusta tuomari tarvitsee ja miten tutkimus voi vaikuttaa tuomarin työskentelyyn? Teoksessa *Tuomioistuintutkimus muuttuvassa maailmassa*, s. 47–56. University of Helsinki Conflict Management Instituten julkaisuja, Vaajakoski 2007.

Virallisaineisto

HE 94/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

HE 177/2000 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle ehdollista vankeutta koskeviksi rikoslain säännöksiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 213/2000 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi rikoslain ja pakkokeinolain 5 luvun 11 §:n muuttamisesta.

HE 44/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

LaVM 13/2001. Hallituksen esitys laeiksi rikoslain ja pakkokeinolain 5 luvun 11 §:n muuttamisesta.

Tuomareiden koulutusjärjestelmän kehittäminen (2015)

Tuomareiden koulutusjärjestelmän kehittäminen. Mietintöjä ja lausuntoja 38/2015, oikeusministeriö, Helsinki 2015.

Oikeuskäytäntö

High Court of Australia: Markarian v The Queen (2005) 228 CLR 357.

KKO 2005:134

KKO 2008:85

KKO 2010:36

KKO 2011:53

KKO 2013:82

KKO 2014:6

KKO 2014:60

KKO 2014:87

Käräjäoikeustuomioita *Rikosten ja seuraamusten tutkimusrekisteristä*. Tilastokeskus.

Lyhenteet

HE	hallituksen esitys
KO	käräjäoikeus
KKO	korkein oikeus
LaVM	lakivaliokunnan mietintö
OK	oikeudenkäymiskaari
RL	rikoslaki

1 Johdanto

1.1 Tutkimuskohde rajauksineen

Tämän OTM-tutkielman tutkimuskohteena ovat tuomarin päätöksenteko ja tuomioistuimen perustelut. Tutkielmassa tarkastellaan eräitä suomalaisten käräjäoikeuksien rikostuomioita vuodelta 2012, niissä erityisesti rangaistuksen mittaamisen ja rangaistuslajin valinnan perusteluja. Yleisenä tarkoituksena on antaa rangaistuksen määräämistä koskevasta päätöksenteosta ja perustelemisesta monitieteinen luonnehdinta kognitiivisen psykologian ja asiaa koskevien oikeusnormien valossa. Erityisenä tarkoituksena on saada selville, päättääkö tuomioistuin vankeusrangaistusta tuomitessaan ensin vankeusrangaistuksen kestosta vai sen ehdollisuudesta/ehdottomuudesta eli vankeuslajista.

Erilaisia rangaistuslajeja on nykyisessä rikoslaissa (39/1889, jäljempänä RL) varsin paljon, mikä näkyy tuomioistuimissa ensiksikin erilaisten rangaistusseuraamusta koskevien päätöksentekotilanteiden runsautena ja toisekseenkin yksittäisten päätöksentekotilanteiden monitulkaisuutena. Huomioon otettavia yleisiä ja lajispesifejä näkökohtia on paljon. Tutkimuksellisesti tämä merkitsee sitä, että yleiskuvaa rangaistuksen määräämistä koskevan päätöksenteon etenemisestä on mielekkäintä lähteä muodostamaan pala kerrallaan. Tässä tutkielmassa tarkasteltava valinta ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä on eräs sopivankokoinen osaongelma suhteessa lajinvalintaan ja ylipäänsä rangaistuksen määräämiseen liittyvän päätöksentekoproblematiikan kokonaisuuteen. Kysymykset muista seuraamuslajeista mutta myös esim. rangaistusasteikon vahvistamisesta, vähennyksistä ja yhteisen rangaistuksen mittaamisesta rajautuvat käsillä olevan työn ulkopuolelle¹.

Olen valinnut analysoitaviksi törkeästä pahoinpitelystä tuomittua rangaistusta koskevat perustelut. Törkeän pahoinpitelyn rangaistusasteikosta (1–10 vuotta vankeutta) johtuu, että rangaistuslajin valinta on näissä tapauksissa puhdaspiirteinen valinta ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä. Mm. yhdyskuntapalvelu ja valvontarangaistus ovat pois suljettuja asteikon ankaruuden takia, mutta ehdollinen rangaistus sen sijaan on mahdollinen 1–2 vuotta pitkissä rangaistuksissa. Senpituisia on suurin osa törkeästä pahoinpitelystä tuomitavista rangaistuksista, ja käytännössä ehdollinen ja ehdoton vankeus ovat kutakuinkin yhtä tavalli-

¹ Rangaistuksen määräämisen vaiheista ks. esim. Tapani & Tolvanen (2011) s. 15–16 ja siellä mainitut lähteet.

set seuraamukset tästä rikoksesta. Näiden syiden vuoksi törkeästä pahoinpitelystä tuomittujen rangaistusten perustelut rajoittuvat tutkimuskysymyksen kannalta olennaisiin asioihin: vankeuslajin valintaan ja vankeusrangaistuksen pituuteen.

Törkeistä pahoinpitelyistä tuomittaessa valinta ehdollisen ja ehdottoman rangaistuksen välillä edellyttää monesti myös käytännössä huolellista harkintaa juuri näiden rikosten vakavuuden ja korkean minimirangaistuksen vuoksi. Sen sijaan hyvin lyhyissä vankeusrangaistuksissa kysymys ratkennee yleensä lähinnä tuomitun aiemman rikollisuuden perusteella ja ratkaisu lienee välittömästi selvä suuntaan tai toiseen. Seuraavassa on lainattu rangaistusseuraamuksen perustelut kahdesta Helsingin KO:n vuonna 2012 antamasta tuomiosta, joissa molemmissa tuomittiin lyhyt, alle 3 kuukauden ehdoton vankeusrangaistus varkaudesta:

1. ”A:n aikaisempi rikollisuus osoittaa hänessä ilmeistä piittaamattomuutta lain kielloista ja käskyistä. Tämän vuoksi hänelle rangaistusta mitattaessa on sovellettava koventamisperustetta.

Rangaistusta alentavana on otettu huomioon Helsingin käräjäoikeuden 23.3.2011 tuomitsema vankeusrangaistus.

A:n aikaisempi rikollisuus edellyttää ehdottomaan vankeusrangaistukseen tuomitsemista.”

2. ”Otaen huomioon vastaaja A:n syyksi luetun rikoksen vahingollisuus ja vaarallisuus, teon vaikuttimet ja hänen rikoksesta ilmenevä syyllisyytensä sekä rangaistuskäytännön yhtenäisyys, A tuomitaan hänen syyksi luetusta rikoksesta vankeusrangaistukseen.

A:n aikaisempi rikollisuus edellyttää ehdottomaan vankeusrangaistukseen tuomitsemista.”

Tällaiset tiiviit perustelut ovat tavanomaisia tämäntyyppisissä tuomioissa. Jos taas tuomitaan lyhyt ehdollinen tuomio henkilölle, jolla ei ole rikoshistoriaa, perustelut voivat olla vielä lyhyemmät. Törkeästä pahoinpitelystä annetuissa tuomioissa sen sijaan lienee tavallista useammin aidosti jouduttu miettimään vankeuslajikysymystä, jolloin rangaistusseuraamuksen perustelut eivät ole välttämättä senkään osalta pelkästään muodollisuus.

1.2 Päätöksenteon tutkimuksesta

Suomessa ei tiettävästi ole tehty tuomioistuinspsykologista tutkimusta tuomarin päätöksenteosta. Sen enempää lainopin kuin oikeussosiologiankaan aloilla ei monesti edes *ole huomattu, ettei tuomioistuinspsykologiaa ole tehty*². Esimerkiksi teoksessa ”Empiirinen tutkimus oikeustieteessä” vuodelta 2004 ei ole yhtään kirjoitusta tuomioistuin- tai ylipäänsä oikeuspsykologiasta. Oikeuden empiirinen tutkimus on mielletty oikeusjärjestelmän yhteiskuntatieteelliseksi tutkimukseksi, joka sitä paitsi sekin on vähäistä Suomessa³. Esimerkiksi tuomarin henkilöhistorian vaikutuksia on saatettu tutkia tuomioistuin sosiologisesta näkökulmasta⁴. Jos tällaiseen tutkimukseen kuitenkin ei liity teoriaa yksilöpsykologisista mekanismeista, joitten välityksellä esimerkiksi tuomarin sosiaaliset tai poliittiset näkemykset vaikuttavat hänen ratkaisuihinsa, ei voida oikein esittää perusteltuja suosituksia tilanteen parantamiseksi. Oikeuspsykologian alalla puolestaan on keskitytty kriminaali- ja todistajapsykologiaan.

Oikeudellisen perustelun teoriassa on melko laajalti ja puhtaasti teoreettiselta pohjalta uskottu niin sanottujen ratkaisuheuristiikkojen ja ratkaisun oikeuttamisen logiikan erillisyyteen. Perusteleminen ei tämän käsityksen mukaan ole selostus ratkaisun saavuttamisesta, vaan oikeuttamisessa on kysymys ratkaisun sovittamisesta oikeuslähdeoppiin hyväksyttävien tulkintaperusteiden avulla. Intuitiivisten ratkaisuheuristiikkojen sisältöä on pidetty joksikin tutkimattomana alueena, jota ei myöskään ole tarpeellista tutkia, kun oikeudellisia ratkaisuja joka tapauksessa on arvioitava niiden perusteluiden pohjalta.⁵

Olen tässä tutkielmassa pyrkinyt osoittamaan, että ratkaisuheuristiikkojen tutkiminen on sekä mahdollista että tarpeellista. Nimenomaan heuristiikkoja tutkitaan *kognitiotieteellisessä päätöksenteon tutkimuksessa*, vaikka ehkä heuristiikkojen sijaan puhutaan intuitiosta tai tyyppin 1 prosesseista. Myös tuomarin päätöksentekoa on tutkittu empiirisesti ja kokeellisesti. Heuristiikkojen tutkiminen on ensiksikin välttämätöntä, jos halutaan selvittää esimerkiksi, millä tavoin tai missä järjestyksessä tuomioistuimet tekevät rangaistuksen määräämisratkaisunsa. Toisekseenkin ratkaisuheuristiikkojen tutkiminen on tarpeellista, jos uskotaan, että ratkaisun lainmukaisuuteen ja oikeudenmukaisuuteen vaikuttaa myös sen lopputulos eivätkä pelkästään sen perustelut. Tämä pitää erityisen hyvin paikkansa, mikäli oikeuttaminen monien oikeusteoreetikkojen olettamalla tavalla tehdään todellakin vasta ratkaisun heuristisen

² Ks. esim. Ervasti (2007) ja Vuorenpää (2007).

³ Ervasti (2003).

⁴ Ervasti (2007).

⁵ Ks. esim. Virolainen & Martikainen (2010) s. 13–15.

keksimisen jälkeen eli sillä tavoin, ettei oikeuttaminen pääse vaikuttamaan itse johtopäätökseen. Silloin juuri heuristiikkojen pitäisi olla erityisen mielenkiinnon kohteena.

Päätöksenteon kulun yksityiskohdilla ei ole ratkaisevaa merkitystä sen kannalta, voidaanko tuomion perusteluita pitää luotettavana lähteenä tuomarin päätöksenteon tutkimuksessa. Jo tässä vaiheessa näyttää melko selvästi siltä, että niitä *ei* voi pitää siihen tarpeeseen luotettavana informaationa, koska perustelut tavataan laatia itse päätöksenteon jälkeen eikä niiden edes tavoitteena ole välttämättä kuvailla päätöksentekoa. Vaikka perusteluissa *yrityksiä*kin kuvata päätöksentekoa, niissä olisi kysymys jälkikäteisestä introspektiivisesta raportista, joka on todettu pahamaineisen epäluotettavaksi lähteeksi⁶. (Tämä ei tarkoita, ettei se voisi joskus sisältää totuudenmukaisen kuvauksen.) Itse laadittu kuvaus päätöksenteosta voi olla luotettava lähinnä reaaliaikaisesti laadittuna, ja tällainenkin kuvaus voi antaa tietoa ainoastaan hitaista, analyttisistä eli ns. tyypin 2 prosesseista mutta ei niin ikään tärkeistä nopeista, intuitiivisista ns. tyypin 1 prosesseista⁷.

Tällä perusteella näyttää siis todennäköiseltä, että perusteluja tutkimalla ei voi selvittää, päättääkö tuomioistuin ensin vankeusrangaistuksen kestosta vai vankeuslajista. Tällaisella tuloksella olisi tosin metodologista arvoa, koska se suuntaisi tulevaa tutkimusta toivottavasti hedelmälliseen suuntaan. Tässä tutkielmassa on tarkoitus samalla kysyä, missä järjestyksessä asia on *esitetty perusteluissa*: onko ensin perusteltu vankeusrangaistuksen kesto ja sen jälkeen vankeuslaji vai päinvastoin. RL 6:9 ja esim. ennakkoratkaisu KKO 2014:87 näyttävät edellyttävän, että kestosta päätetään ensin. Virolainen & Martikainen puolestaan syystä tai toisesta sanovat, että kestosta päätetään sen jälkeen, kun on päätetty vankeuslajista⁸. Aineistostani selviää ainakin, kumpaa järjestystä perustelujen tasolla pyritään noudattamaan.

1.3 Rangaistuksen määrääminen: vapaata harkintaa vai lainkäyttöä

1960-lukua edeltäneessä eurooppalaisessa *rikosoikeudellisessa mittaamisteoriassa* rangaistuksen mittaamista pidettiin oikeudelliseen päätöksentekoon kuulumattomana ongelmana. Yhtäältä tuomarin tehtäväksi katsottiin ilmaista lainsäätäjän ratkaisu kuhunkin oikeustapaukseen; toisaalta oli tiedossa, ettei samanlaisista rikoksista käytännössä aina tuomittu

⁶ Evans & Over (1996) s. 155–156.

⁷ Sama.

⁸ Virolainen & Martikainen (2012) s. 484–485. Vrt. Tapani & Tolvanen s. 15–16, jossa asiaa problematisoidaan jonkin verran mutta lähtökohdaksi otetaan kuitenkin, että lajinvalinta edeltää mittaamista.

suunnilleenkaan samanlaisia rangaistuksia. Yhtälö ratkaistiin Suomeenkin vaikuttaneessa saksalaisessa oikeustieteessä sillä tavoin, että mittaamisharkinta katsottiin vapaaksi harkinnaksi. Vapaata harkintaa pidettiin taiteena tai taitolajina, ei eksaktina tieteenä. Vapaan harkinnan alueella ratkaisujen oikeellisuudelle ei voi olla mitään objektiivista kriteeriä, joten kaikki rangaistusasteikkoa noudattavat ratkaisut ovat määritelmällisesti oikeita ja yhdenvertaisuus toteutuu sen kautta, että jokainen tapaus ratkaistaan vapaalla harkinnalla.⁹

Toisen maailmansodan jälkeen mutta erityisesti 1970-luvulta alkaen vapaan harkinnan opista vähitellen luovuttiin mittaamisteoriassa. Oikeusturvan takaamiseksi alettiin pitää tarpeellisena säännellä myös mittaamista. Tapahtui ”mittaamisen oikeudellistuminen”. Mittaamisharkintaa on siitä eteenpäin pidetty lainkäytön ja laintulkinnan muotona. Tämä tarkoittaa myös sitä, että mittaamisratkaisun oikeellisuutta on voitava kontrolloida, mikä puolestaan edellyttää seuraamuksen perustelemista. Seuraamusperusteluista tulisi ilmetä, mitä eri mittaamisperusteita käsillä olleen tapauksen tosiseikkoihin on sovellettu, mihin suuntaan toiseikat ovat relevanttien mittaamisperusteiden valossa vaikuttaneet ja miten niitä on punnittu toisiaan vasten.¹⁰

Ainakin Australiassa on edelleen kanonisoituna eräänlainen vapaan harkinnan näkemys rangaistuksen määräämisestä. Victorian osavaltion korkein oikeus nimittäin linjasi vuonna 1975, että rangaistusta määräävän tuomioistuimen on tehtävä ”*vaistonvarainen synteesi kaikista rangaistuksen määräämisen liittyvistä näkökohdista*”. Australian korkein oikeus omaksui tämän näkemyksen vuonna 2005¹¹. Vaistonvaraisen synteessin oppi vastaa pääasiassa näkemystä rangaistuksen määräämisestä subjektiivisena vapaan harkinnan taiteena, joka siis Suomessakin oli aikanaan konsensusnäkemys. Vaikka australialaisen tuomarin tuleekin ottaa huomioon relevantit asetetun oikeuden säännöt, rangaistusseuraamuksen harkinnassa kysymys on kuitenkin aina ja ennen kaikkea korostuneen tapauskohtaisesta ja kaikki relevantit tekoon tai tekijään liittyvät seikat huomioon ottavasta punninnasta. Perusteluilta ei tällöin voida edellyttää ratkaisuun johtaneen päättelyn kuvaamista, mikä siis tarkoittaa myös, ettei

⁹ Ks. Lappi-Seppälä (1987) s. 14, siellä ja alav. 1:ssä mainitut lähteet. Vapaasta mittaamisharkinnasta englantilaisessa järjestelmässä ks. Ashworth (1992) s. 38–39.

¹⁰ Historiasta Lappi-Seppälä (1987) s. 15–17 ja yhdenvertaisuuden toteutumisesta rangaistuksen määräämisessä Melander (2011) s. 188–196.

¹¹ *High Court of Australia: Markarian v The Queen* (2005) 228 CLR 357. *High Courtin* vähemmistön kannattama kaksivaiheinen lähestymistapa muistuttaa normaali- tai paremminkin tyyppirangaistusajattelua: siinä otettaisiin ensin lähtökohdaksi rikoksen vakavuutta vastaava rangaistus(skaala) ja työöstettäisiin sitä ylös- ja alaspäin lieventävien ja raskauttavien asianhaarojen mukaan. Ks. myös Hewton (2010) s. 84.

ylioikeudessa voida arvioida perusteluiden oikeellisuutta ainakaan tältä kannalta.¹² Puuttumiskynnys seuraamusratkaisuun onkin väistämättä korkealla vapaan harkinnan järjestelmissä¹³.

Vapaa harkinta -ajattelu johti oikeusturvaongelmiin ja ennustamattomuuteen, mutta siinä oli tietynlaista psykologista realismia. Siinä tavallaan sallittiin päätöksenteon heuristisuus tai intuitiivisuus. Intuitiivista päätöstä ei voi perustella siinä merkityksessä, että päätöksentekijä kykenisi kuvaamaan päätökseensä johtaneet seikat. Mittaamista koskevan sääntelyn tai muun normittamisen tiukentaminen voi johtaa näennäiseen yhdenvertaisuuteen, jos se ei vaikuta päätöksentekoon vaan ainoastaan perustelemiseen¹⁴. Sääntely voi vähimmillään muodostaa vain insentiivin korostaa punninnassa niitä tosiseikkoja ja mittaamisperusteita, jotka saavat oman ratkaisun parhaiten näyttämään oikeuskäytännön mukaiselta. Yhdysvalloissa mittaamissääntelyn tiukentaminen ei pienentänyt tuomarienvälisiä ja alueellisia eroja eikä poistanut esim. rotuvaikutuksia liittovaltion tuomioistuinten mittaamiskäytännöissä¹⁵.

Nykyinen kotimainen järjestelmä ei muistuta silti myöskään yhdysvaltalaisista. Meillä ei edelleenkään ole *sentencing guidelines* -tyyppisiä säädännäisiä mittaamisohjeita, vaan laissa säädetty rangaistuksen määräämisen ja mittaamisen normit ovat varsin yleisellä tasolla. Suomessa on sen sijaan nykyään ennakkoratkaisuja ja ylioikeuksien roolia painottava järjestelmä, jossa pyritään yhdenvertaisuuteen ja ennustettavuuteen rangaistuskäytännön yhtenäisyyden kautta (RL 6:3.1): tavoitteena on, että olennaisesti samanlaisista tapauksista tuomittaisiin olennaisesti samanlaiset rangaistukset¹⁶. Alioikeuksien mittaamisratkaisut ovat Suomessa ylioikeuksien kontrollin kohteena, ja tämä kontrolli on erityisesti rikostyyppikohtaisten rangaistustasojen noudattamisen valvontaa. Tämä näkyy oletettavasti myös alioikeuksien perusteluissa.

¹² Hammond (2007) s. 214. Siteerattu ilmaus "vaistonvaraisesta synteesistä" kuuluu alkukielellä "instinctive synthesis of all the various aspects involved in the punitive process".

¹³ Hammond (2007) s. 215–216 ja Lappi-Seppälä (1987) s. 15.

¹⁴ Tähän palataan empiirisen kognition tutkimuksen pohjalta luvussa 2, mutta samantyyppinen huoli on esitetty myös oikeusteoreettisista tai terveen järjen lähtökohdista. Ks. *High Court of Australia: Markarian v The Queen* (2005) 228 CLR 357, tuomari McHugh'n mielipide, kohta 56. McHugh huomauttaa, että kaksivaiheiseen mittaamisharkintaan (ks. alav. 11, edellä) kuuluva lieventävien ja raskauttavien asianhaarojen punninta pitää joka tapauksessa sisällään arvovalintoja, ja lopputulos ei ole tosiasiaa yhtään objektiivisempi tai läpinäkyvämpi kuin "vaistonvaraisessa synteesissä", vaikka siltä näyttäisikin.

¹⁵ Dhimi ym. (2015) s. 242–243 ja siellä viitatus *United States Sentencing Commissionin* raportit.

¹⁶ Hammond (2007) s. 219 ("structured guidance by appellate courts"), Melander (2011) s. 189 ja Tapani & Tolvanen (2011) s. 20.

Tämä tutkielma ja tuomioistuinspsykologiseen traditioon kuuluvat tutkimukset voivat informoida lainsäätäjää siitä, millaisia tavoitteita rangaistuksen määräämistä koskevalle sääntelylle kannattaa asettaa ja miten näihin tavoitteisiin voitaisiin päästä. Sääntelyongelma ei myöskään koske pelkästään rangaistuksen määräämistä suoraan ohjaavia säännöksiä, vaan on kiinnitettävä huomiota myös tuomarin päätöksentekoympäristöön vaikuttavaan eli mm. prosessioikeudelliseen sääntelyyn.

1.4 Työn rakenne

Luvussa 2 arvioidaan tuomioistuimen päätöksentekoa ja sen ympäristöä päätöksenteon tutkimuksen pohjalta silmällä pitäen muun muassa kysymystä siitä, voiko rangaistusseurauksen perusteluihin päätyä luotettavaa informaatiota itse päätöksenteon kulusta. Oikeusteoriassa ja lainopissa esitettyjä näkemyksiä tuomarin päätöksenteosta otetaan tässä yhteydessä kriittiseen tarkasteluun. Luvussa 3 kerrotaan rangaistuksen määräämistä koskevista oikeusnormeista ja tarkastellaan käräjäoikeuksien seuraamusperustelujen argumentaatiota lainopillisista lähtökohdista. Luvussa 4 kerrotaan johtopäätöksistä: miten rangaistusseurauksesta päättäminen etenee; perustellaanko rangaistusseurauksia riittävästi ja lainmukaisesti; mitä perustelut kertovat seuraamusratkaisuihin johtaneista kognitiivisista prosesseista; millainen seuraamus- tai prosessilainsäädäntö olisi päätöksenteon laadun kannalta optimaalinen; miten rangaistuksen määräämistä voitaisiin jatkossa tutkia.

2 Tuomarın päätöksenteko

2.1 Mitä on rationaalisuus

Monilla eri tieteenaloilla keskustellaan rationaalisuudesta, mukaan lukien oikeustieteessä. Oikeusteoreetikoista mm. Strömholmin mukaan rationaalisuus on suotuista suhde tavoitteen ja keinojen välillä¹⁷. Aarnio uudessa kirjassaan määrittelee rationaalisuuden loogiseksi rationaalisuudeksi, jolla oikeudellinen ratkaisu perustellaan sisäisesti, sekä toisekseen käytännölliseksi rationaalisuudeksi, jolla ratkaisu perustellaan ulospäin¹⁸. Kuitenkin jos tarkastellaan

¹⁷ Strömholm (2000) s. 273–282.

¹⁸ Aarnio (2006) s. 261.

ensiksi vain ratkaisuun johtavia prosesseja, joudutaan toteamaan, että looginen rationaalisuus (logiikan sääntöjen mukaan etenevä päätöksenteko) on pelkkä ideaali. Tässä luvussa käy ilmi, että se ei ole kuvaus oikeudellisen ratkaisutoiminnan todellisuudesta.

Logiikan sääntöjen rikkominen ei ole aina irrationaalista. Ehdottomasti Strömholmin määritelmässä rationaalisuus ei vaadi loogisuutta. Esimerkiksi jos päätellään epävarmoista premisseistä, ei välttämättä ole rationaalista noudattaa ainakaan klassista monotonista logiikkaa. Logiikan sääntöjen noudattaminen siinä tilanteessa voisi johtaa päätöksentekijän tavoitteiden vastaiseen lopputulokseen silloin, kun *tosiksi oletetut* lähtökohdat ovat enintään *todennäköisiä*. Lisäksi monet ongelmat ovat laskennallisesti liian vaativia ratkaistaviksi: on yleisesti tunnettua esimerkiksi, ettei niinkään tarkkarajaista ja hyvin määriteltyä ongelmaa kuin šakkia ole vielä ratkaistu, joten šakkisiirroista on päätettävä muutoin kuin päättelemällä täyteen varmuuteen. Askel askelelta etenevä looginen päättely parhaassakin tapauksessa edellyttää kohtalaisia älyllisiä ponnisteluja ja on käytännössä virhealtista inhimillisen tietojenkäsittelyn rajoitteiden takia.

Päätöksenteon tutkijoiden Evansin & Overin rationaalisuusmääritelmä on hyvin valaiseva, ja se tavallaan pitää sisällään sekä Strömholmin että Aarnion määritelmät. Evans & Over toteavat, että ihminen on muun muassa keksinyt maanviljelyksen, tehnyt merkittäviä tieteellisiä saavutuksia ja matkustanut toiselle taivaankappaleelle. Tässä valossa olisi epäuskottava väite, että ihminen on irrationaalinen olento, jonka päättelyjärjestelmä tuottaa etupäässä virheitä. Aarnion määritelmässä jouduttaisiin nimenomaan tällaiseen väitteeseen, jos se yhdistettäisiin tieteelliseen tietoon inhimillisestä päätöksenteosta. Evans & Over ovatkin sillä kannalla, että ihminen pääsääntöisesti on *rationaalinen*₁. Inhimillinen päättely tai päätöksenteko on rationaalista₁ silloin, kun se edistää kyseisen ihmisen tavoitteisiinsa pääsemistä.¹⁹ *Rationaalisuus*₂ puolestaan tarkoittaa normatiivista rationaalisuutta, esim. logiikan sääntöjen noudattamista. Voidaan panna merkille, että Strömholmin määritelmä on suurin piirtein sama.

Tämä määritelmä siis asettaa kyseenalaiseksi sellaisen näkemyksen, jossa ihmisen päättelyä yleensä luonnehtivat heuristiikat tulkittaisiin ykskantaan harhoiksi tai päättelyvirheiksi. Päättely voi siis olla irrationaalista₂ ja samaan aikaan rationaalista₁. Omasta mielestäni on kuitenkin eräänlainen sofismi laatia rationaalisuuden määritelmä sellaiseksi, että ihminen

¹⁹ Evans & Over (1996).

jotakuinkin määritelmällisesti noudattaa sitä päätöksenteossaan; ”ekologisen rationaalisuuden” tutkimussuuntauksessa on nähdäkseni joskus tallattu tätä polkua²⁰. Kannattaa huomata, että Evansin & Overin määritelmä ei ole tällainen, vaan ihminen heidän käsityksensä mukaan voi ajoittain olla myös irrationaalinen¹. Sitä vastoin Aarnion määritelmässä ihminen olisi irrationaalinen lähes koko ajan, ja tällainen rationaalisuuden käsite ei tekisi mitään hyödyllistä erottelua.

Tämä tutkielma edustaa psykologista lähestymistapaa, mutta lähtökohta on, että ihminen ainakin enimmäkseen on rationaalinen, samoin tuomari²¹. Olisi psykologisesti epärealistinen näkemys, että tuomioistuinten ratkaisut olisivat systemaattisesti irrationaalisen tai sattumanvaraisen päätöksenteon tulosta. Esimerkiksi rangaistus osataan mitata rationaalisella ja ennakoitavalla tavalla lähes aina syyksi luetun rikoksen asteikolta. Vaikka asteikon valitsemista seuraava mittaamisharkinta kenties on alttiimpaa intuition käytölle ja päätöksenteon virhelähteille, voidaan silti helposti nähdä, ettei sekään tapahdu satunnaisesti, esim. törkeästä pahoinpitelystä tuomitut rangaistukset eivät jakaudu satunnaisesti asteikolle 1–10 vuotta. Jos jonkun tuomarin tai tuomioistuimen käytännössä näin olisikin, se olisi itse asiassa erittäin nopeasti ja helposti erottuva poikkeavuus. Myös sellainen johtopäätös, että tuomiot olisivat harkitsemattomia ja tiedostamattomia tunnereaktioita, olisi sekä epäuskottava että vailla käytännön merkitystä. Sen sijaan, että kysyttäisiin, onko ihminen ylipäänsä koskaan rationaalinen, pitää kysyä mieluummin: *millainen* rationaalisuus tuomarin päätöksentekoa ohjaa ja voiko tuomarin päätöksenteon kognitiivisiin prosesseihin vaikuttaa esim. lainsäädännön keinoin päätöksentekoympäristöä muuttamalla.

²⁰ Ekologisesta rationaalisuudesta ks. esim. Gigerenzer & Goldstein (1996).

²¹ Muita lähestymistapoja ovat Posnerin (2008) mukaan esim. taloustieteellinen ja oikeusformalistinen lähestymistapa. Mainitussa teoksessa esitetään tasapainoinen, karrikoimaton näkemys sekä nykyaikaisesta taloustieteestä että psykologiasta oikeustieteen aputieteinä, s. 53: “A narrowly economic theory of human behavior that models it as the product of hyperrational choice and a narrowly psychological theory that models it as the product of nonrational drives and cognitive illusions do not overlap, but they also do not do justice to either the economic or the psychological perspective on human behavior. Rationality in economics means elementary consistency and instrumental rationality (fitting means to ends), and so can accommodate a good deal of emotional behavior and cognitive limitedness, while psychology embraces the study of cognition in the large, including the cognition of normal people, the cognitive shortcuts that substitute for formal reasoning, and the social influences at work in group polarization and dissent aversion.”

2.2 Päätöksenteon kaksoisprosessiteoriat

2.2.1 Oikeusteoreettinen kaksoisprosessiteoria

Suomalaisessa ja pohjoismaisessa oikeusteoriassa on kuitenkin keskusteltu oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta myös psykologiselta kannalta. On eroteltu ratkaisun keksimisen konteksti ja sen oikeuttamisen konteksti²². Tässä teoriassa ratkaisu keksitään ensin ns. ratkaisuheuristiikkojen perusteella ja vasta sen jälkeen se oikeutetaan eli tavallaan perustellaan itselle tietoisella tasolla ns. justifioinnin logiikan keinoin. Lopputuloksen rationaalisuus² riippuu tällöin siitä, mistä ratkaisuheuristiikat tulevat: ilmentävätkö ne joitakin esim. asianosaisten ulkonäön tuomarissa herättämiä syvään juurtuneita stereotypioita ja ennakkoluuloja vai kenties hyvin sisäistettyjä oikeusnormeja.

Oikeusteoriassa on väitetty, että tuomarin koulutuksen ja kokemuksen muovaama oikeudellinen ns. esiymmärrys on se, joka erityisesti vaikuttaa näihin ratkaisuheuristiikkoihin. Eräs toinen väite on, että justifioinnin tuloksena saatetaan myös muuttaa lopputulosta siitä, mihin ratkaisuheuristiikkaa käyttämällä oli päädytty. Tällaisia käsityksiä on esitetty puhtaasti teoreettiselta pohjalta tukeutumatta psykologiseen tutkimusnäyttöön – vaikka tukea olisi sieltä saatavissa. Ulkomailla tuomarin päätöksentekoa ja oppimista on tutkittu²³. Näiden tutkimustulosten samoin kuin yleisen päätöksenteontutkimuksen tulosten pohjalta voidaan arvioida kriittisesti oikeusteoriassa tehtyjä arvauksia, joihin voi tutustua lukemalla esimerkiksi Bergholtzin kirjoituksen tuomarin päätöksenteosta²⁴. Hänen näkemyksensä mukaan johtopäätös ei seuraa lineaarisesti premisseistä loogisen syllogismin mallin mukaisesti, vaan johtopäätös ”ohjaa” syitä tai muokkaa premissejä. Bergholtz ehdottaa esimerkiksi, että lainopillisella päättelyllä saavutettu lopputulos voidaan heittää terveen järveen perusteella roskakoriin. Kognitiivisessa psykologiassa on esitetty epävarmoista premisseistä tehtävästä päätelystä samansuuntainen näkemys (ks. seuraavaa alalukua). Bergholtzin näyttönä esittämää tuomarin kommenttia kuitenkin ei voi pitää juuri minään empiirisen tieteen lähtökohdista²⁵. Tällaiset kannanotot ovat jälkikäteisiä introspektiivisiä raportteja, joiden sisältö päätöksenteon kulusta puhuttaessa on keksittyä enemmän kuin havaittua²⁶.

²² *Context of discovery* ja *context of justification*. Tätä Richard A. Wasserstromin ja Suomessa mm. Aulis Aarnion kehittämää jaottelua on selostettu teoksessa Virolainen & Martikainen (2010) s. 11–15.

²³ Esim. Guthrie ym. (2007), Peer & Gamliel (2013) ja Viscusi (1999).

²⁴ Bergholtz (2000).

²⁵ Bergholtz (2000) s. 76.

²⁶ Evans & Over (1996) s. 155–157.

Bergholtz toteaa myös, että joka tapauksessa tuomioistuimen esittämät syyt puolustavat ratkaisua (*exhibit a defense of the decision*)²⁷. Se pitää paikkansa. Tuon väitteen kiistäminen tarkoittaisi, että tuomioistuimen perustelut ja ratkaisu eivät kytkeydy toisiinsa siten kuin päättelyn premissit, päättelyaskelet ja johtopäätös kytkeytyvät toisiinsa. Tätä voidaan tutkia informaalin päättelyn tutkimuksen keinoin, ja ei ole tiettävästi esitetty oikeudellisen ratkaisutoiminnan olevan sellaisessa haaksirikossa, että tuomioistuinten perustelut eivät millään tavoin tukisi niiden ratkaisuja.

Bergholtz kysyy, onko ratkaisuun johtaneilla mentaalisilla prosesseilla merkitystä ratkaisun oikeutuksen kannalta²⁸. Ehkä on valaisevaa käsitellä tätä kysymystä, kuin se olisi esitetty vakavasti eikä vain retorisesti. Väitän, että mentaalisista prosesseista lähtevä oikeutusmääritelmä olisikin perustavalla tavalla käyttökelvoton. Ratkaisun oikeutuksen tutkimiseksi olisi jälkikäteen avattava siihen johtaneet tuomioistuimen mentaaliset prosessit, mikä on erittäin vaikeaa laboratorio-olosuhteissakin²⁹. Käyttökelvottomia, erotteluun kykenemättömiä käsitteitä ei pidä introdusoida mihinkään teoriaan.

Bergholtzin mukaan ratkaisevaa on sisäinen ja ulkoinen justifikaatio³⁰. Sisäinen justifikaatio merkitsee sitä, että oikeusnormia on sovellettu oikeudenmukaisesti. Ulkoinen justifikaatio merkitsee, että oikeusnormi on valittu oikeudenmukaisesti. Bergholtzilta täytyisi kysyä, voidaanko mille tahansa lopputulokselle työstää perustelut, jotka täyttävät molemmat justifikaation tunnusmerkit. Jos vastaus on kieltävä, jatkokysymys on tämä: voidaanko ottaa annettuna, että tuomioistuimen päättely sisältää kontrollimekanismeja, jotka voivat muuttaa lopputulosta intuitiivisesti keksitystä? Jos tällaisia mekanismeja oikeasti ei ole, silloin on todettava, että mentaalisilla prosesseilla todellakin on merkitystä ratkaisun oikeutuksen kannalta. Jos tällaisia mekanismeja taas on – ja ne ”pelastavat” ratkaisun justifikaation –, myös silloin joudutaan toteamaan, että mentaalisilla prosesseilla on merkitystä ratkaisun oikeutuksen kannalta.

Bergholtzin mukaan tuomarin ”alkuperäisiä intuitioita tuskin voidaan selvittää, ja niillä on niukasti merkitystä”³¹. Niiden selvittämisen vaikeus on ilmeisesti arvaus Bergholtzin puolelta tai ainakin perusteluja vailla oleva väite. Lisäksi näillä intuitiolla on merkitystä, jos ne

²⁷ Bergholtz (2000) s. 73.

²⁸ Sama.

²⁹ Ks. Evans & Over (1996).

³⁰ Bergholtz (2000) s. 73.

³¹ Bergholtz (2000) s. 77.

vaikuttavat lopputulokseen. Niillä on merkitystä erityisesti, jos niihin voidaan vaikuttaa jotenkin kuten esimerkiksi koulutuksen tai prosessilainsäädännön keinoin. Ehdottomasti hyödyllistä olisi tuomarien päätöksenteon tutkimus esimerkiksi sen kannalta, minkä sisältöisiin ratkaisuihin tyyppin 1 prosessit johtavat, muuttavatko tyyppin 2 prosessit joskus niiden lopputulosta tai voidaanko koulutuksen keinoin suunnata paremmin tyyppin 1 prosesseja taikka valpastuttaa tyyppin 2 prosesseja.

Aarnio puolestaan on todennut teoksessaan ”Laki, teko ja tavoite”³²: ”Emme luonnollisesti-kaan edes sen [juridisen ratkaisutoiminnan] kohdalla voi sulkea pois mahdollisuutta, että ratkaisija tekee valintansa täysin sattumanvaraisesti, sen enempää asiaa ajattelematta.” Aarnion mielestä ei vaikuttaisi ”erityisen miellyttävältä” todeta juridisen ratkaisun syntyneen ”epähuomiossa, mielivaltaisesti taikka sattumalta”. Hän toteaa edelleen:

”Olisi oikeuskulttuuria ajatellen kohtalokasta rakentaa teoriaa laajamittaisen irrationaalisuusoletuksen varaan. Se veisi itse asiassa kokonaan pohjan inhimillisen toiminnan johdonmukaiselta ymmärtämiseltä. Inhimillinen kommunikaatio perustuu näet oletukselle siitä, että yksilöt säännönmukaisesti toimivat rationaalisesti, tavalla, joka mahdollistaa heidän toimintansa jonkinasteisen ennakoimisen. Tästä johtuen juridisen ratkaisutoiminnan ex post tapahtuvaa rationaalistamista lieenee oikeutettua pitää ainakin lähtökohtana. Ja juuri tällaiselle otaksumalle esitykseni rakentuukin. Siinä myönnetään avoimesti disjunkttiivisten tekojen problematiikka, mutta lähdetään toisaalta oletuksesta, että juridisen ratkaisukäyttäytymisen finaalin selittäminen on ylipäättään mahdollista ja että tuo käyttäytyminen nojautuu eräiden kausaalisuhteiden välttämättömyyttä koskevien uskomuksien varaan. Jos vastoin näitä oletuksia oikeuden jakaminen joskus osoittautuukin pelkäksi mielijohteitten summaksi, putoaa luonnollisesti pohja tämänkaltaiselta ratkaisukäyttäytymisen analysoinnilta – ehkä myös oikeuskulttuurilta meidän tuntemassamme merkityksessä.”

Aarnio katsoo selittävänsä käyttäytymistä³³, ja on siksi perusteltua arvioida hänen teoriaansa käyttäytymistieteiden näkökulmasta. Yllä olevaa otetta voidaan kommentoida toteamalla, että täysin sattumanvarainen ratkaisu ei ole kovin todennäköinen sen takia, että päätöksentekoon vaikuttavat järjestelmälliset heuristiikat, jotka ohjaavat ratkaisua esimerkiksi johonkin esitetyistä vaihtoehdoista. Osaa näistä heuristiikoista kuten ankkurointia ja saatavuusvaikutusta on käsitelty jäljempänä. Laajamittainen irrationaalisuusoletus omasta mielestäni

³² Aarnio (1975) s. 120.

³³ Aarnio (1975) s. 207.

ei olisi vahvalla pohjalla sen takia, että ihmisen rationaalisuus₁ on useimmiten selviö³⁴. Rationaalisuus₁ ei kuitenkaan näyttele mitään osaa Aarnion teoriassa, vaan Aarnion käsittelemät vaihtoehdot ovat nähtävästi rationaalisuus, joka hänelle tarkoittaa normatiivista rationaalisuutta, ja irrationaalisuus, joka hänelle tarkoittaa päättelyn tai päätöksenteon sattumanvaraisuutta.

Aarnio kuitenkin itse juuri samassa kirjassa ”Laki, teko ja tavoite” kirjoittaa tuomarin toiminnan tavoitteellisuudesta. Muistutettakoon, että rationaalinen₁ päätöksenteko on nimenomaan sellaista päätöksentekoa, joka edistää ihmisen pääsyä tavoitteisiinsa. Aarnion esittämä tutkimuskysymys siitä, miten tuomarin tavoitteet ohjaavat hänen ratkaisuaan³⁵, on ehdottoman mielekäs. Psykologian näkökulmasta tavoitteellinen päätöksenteko ei välttämättä tai useinkaan perustu sille, että ihminen tietoisesti analysoisi ympäristöään tietoisten tavoitteidensa näkökulmasta luoden kausaalisia tiekarttoja näihin tavoitteisiin pääsemiseksi, vaan normatiivisen rationaalisuuden (rationaalisuuden₂) sääntöjä saatetaan rikkoa. Liki automaattiset tyypin 1 prosessit monesti käytännössä tuottavat ratkaisuja, joihin ihminen voi olla jälkeenpäin tyytyväinen³⁶.

Ihmisen päätöksenteko tapahtuu nähdäkseni enimmäkseen – käyttääkseni Aarnion kauhukukaan sisältyvää ilmausta – *epähuomiossa* siinä merkityksessä, että siihen ei liity tietoista keskittymistä eli attention tai huomiokyvyn käyttöä. Aarnio erehtyy vain siinä, että tämä seikka ei poista rationaalisuusoletukselle rakentuvan inhimillisen kommunikaation mahdollisuutta. Se, että 1-tyyppisissä prosesseissa on niin vähän yksilöllistä vaihtelua, voi tehdä päätöksenteosta loppujen lopuksi ennustettavaa myös sellaiselle, joka ei tunne päätöksentekoa tieteellisessä mielessä. En halua väittää, että oikeudellisen ratkaisutoiminnan ennustetavuus kuitenkaan perustuisi tälle seikalle, vaan tietoisella normatiivisella päättelyllä lienee siinä jokin merkittävä osuus.

³⁴ Vrt. Posner (2008), joka esittää tasapainoisen, karrikoidun näkemyksen sekä nykyaikaisesta taloustieteestä että psykologiasta oikeustieteen aputieteinä, s. 53: “A narrowly economic theory of human behavior that models it as the product of hyperrational choice and a narrowly psychological theory that models it as the product of nonrational drives and cognitive illusions do not overlap, but they also do not do justice to either the economic or the psychological perspective on human behavior. Rationality in economics means elementary consistency and instrumental rationality (fitting means to ends), and so can accommodate a good deal of emotional behavior and cognitive limitedness, while psychology embraces the study of cognition in the large, including the cognition of normal people, the cognitive shortcuts that substitute for formal reasoning, and the social influences at work in group polarization and dissent aversion.”

³⁵ Aarnio (1975) s. 97.

³⁶ Dijksterhuis ym. (2006).

Lopuksi: On vaikea ymmärtää, miten *ex post* tapahtuva rationaalistaminen liittyy siihen, onko päätöksenteko sattumanvaraista vai tavoitteellista, irrationaalista vai rationaalista. To- kihan *ex post* tapahtuva rationaalistaminen on mahdollista, olipa päätökseen johtanut pro- sessi minkälainen tahansa, ja juuri tämä seikka tavallaan hankaloittaa ratkaisun oikeuden- mukaisuuden arvioimista pelkkien julki lausuttujen perustelujen pohjalta. Ratkaisukäyttä- tymisen analysointia voidaan tehdä muutoinkin kuin finaalisien selittämisen lähtökohdista, eikä varsinkaan ole mitään syytä tyytyä jälkikäteisten *ex post* -rationalisointien analyysiin, kun kokeellisen tutkimuksen keinoin voidaan saada tietoa päätöksenteon (pätökseen johta- neen kognitiivisen prosessin) vaiheista.

Aarnion ja Bergholtzin edustamaa yksitieteistä oikeusteoriaa on Pohjoismaissa arvioitu myös kriittisesti: Gräns on sanonut monistista metodioppia *tuhoisaksi* oikeustieteen edisty- misen kannalta ja huomauttanut, että kokeellisen kognitiotieteen keinoin voitaisiin kehittää parempaan suuntaan paitsi oikeustiedettä, myös oikeudellista ratkaisutoimintaa³⁷. Tuntuu selvältä, että monitieteinen tutkimusote on kaikkein paras tapa edistää metodista pluralismia. Gräns on myös kirjassaan *Decisio Juris* muotoillut kognitiiviseen psykologiaan perustuvan teorian oikeudellisesta päätöksenteosta³⁸.

2.2.2 Kognitiivisen psykologian kaksoisprosessiteoriat

Aion seuraavaksi esitellä kognitiivisen psykologian informoiman käsityksen tuomarin pää- töksenteosta. Keskustelu koskee yleisiä, ihmiselle lajityypillisiä lainalaisuuksia päätöksen- teossa, ei esimerkiksi opittujen asenteiden vaikutusta päätöksentekoon. Vertaan kaksoispro- sessiteoriaa kotimaisessa oikeustieteessä tähän asti esitettyihin näkemyksiin siltä osin, kun kotimaisessa prosessilainopissa ja oikeusteoriassa on lausuttu nimenomaan päätöksenteosta jotakin.

Valitsemani näkökulma täsmällisemmin sanottuna on heuristis-analyttisen kaksoisproses- siteorian näkökulma³⁹. Eri kaksoisprosessiteorioille on yhteistä havainto, että ihmisen päät- telyä ja päätöksentekoa on kahta laadullisesti erilaista tyyppiä. Tyypin 1 päätöksenteko (määritelmällisesti) on nopeaa, intuitiivista, automaattista ja tiedostamatonta, kun taas tyypin 2 päätöksenteko on hidasta, tarkkaavaisuutta ja tietoisia ponnisteluja vaativaa sekä työmuis- tia kuormittavaa. Rationaalisuusjaottelu liittyy tähän sillä tavoin, että rationaalisuus₂ tyypil- lisesti edellyttää tyypin 2 prosessien käyttöä. Kenties voidaan myös sanoa, että useimmiten

³⁷ Gräns (2006).

³⁸ Gräns (2013).

³⁹ Ks. Evans & Over (1996) ja vrt. Kahneman & Klein (2009).

tyypin 1 prosessit edustavat rationaalisuutta₁, mutta näin ei tietenkään väistämättömästi ole, vaan tämä riippuu käsillä olevasta tehtävästä. Muistetaan, että rationaalisuus₁ määritelmänsä mukaan edistää yksilön pääsemistä tavoitteisiinsa. Jos yksilön tavoite on esim. ratkaista oikein jokin formaalinen päättelytehtävä kuten matemaattinen ongelma, hän kenties tarvitsee tyypin 2 prosesseja ollakseen rationaalinen₁. Jäljempänä selostetun tutkimusnäytön perusteella näyttää vahvasti, että laintulkinta on tämän tyyppinen ongelma.

Näiden erilaisten päätöksenteon tyyppien tehtävänjaosta on monenlaisia käsityksiä, joista joitakin esitellään tässä työssä. Tässä yhteydessä selviää myös, muistuttaako jokin vaihtoehtoista suomalaisessa oikeusteoriassa esitettyjä näkemyksiä tuomarin päätöksenteosta. Helposti nähdään, että ratkaisuheuristiikat edustavat melko pitkälti tyypin 1 prosesseja ja ratkaisun justifiointi taas tyypin 2 prosesseja, mutta tässä tutkielmassa päästään myös arvioimaan, tulevatko näiden keskinäisestä tehtävänjaosta suomalaisessa oikeusteoriassa esitetyt näkemykset psykologisesti edes kyseeseen.

Kokeellisella päätöksenteon tutkimuksella saavutetut tulokset yleistyvät tuomioistuimen päätöksentekoon mahdollisesti paremmin kuin arkipäätöksentekoon. Kokeellisia eli laboratoriotutkimuksia on alalla kritisoitu mm. siitä, että laboratoriossa koehenkilö joutuu rajoittumaan tiettyyn premissijoukkoon, kun taas arkipäätöksenteko ei ole tällä tavoin rajoitettua⁴⁰. Näille kokeille on näet tyyppillistä, että koehenkilön ei ole sallittua käyttää muita tosiseikkapremissejä kuin kokeen laatijan antamia. Lisäksi kokeissa perinteisenä mittapuuna on ollut deduktiivisen logiikan sääntöjen noudattaminen, mikä on saanut osakseen kritiikkiä siitä lähtökohdasta, että analyyttinen päättely ei arkipäätöksenteon tilanteissa useinkaan ole optimaalinen vaihtoehto⁴¹. Tuomarin päätöksenteon perustana taas on tuomioistuimelle esitetty aineisto ja vain se, ja häneltä odotetaan nimenomaan normatiivista rationaalisuutta kuten logiikan sääntöjen noudattamista, jopa rangaistuksen mittaamisessa. Väitän, että kannevaatimus tai syytekirjelmä ja muu aineisto jossakin määrin rinnastuvat laboratoriokokeen tehtävänantoon. Tuomarin tosin on mahdollista katsoa asianosaisten väitteiden jääneen toteen näyttämättä, mutta hänellä ei ole oikeutta introdusoida aineistoon uusia tosiseikkoja, mikä taas arkipäätöksenteossa on jokapäiväistä. Oikeudenkäynnin suullisuus tosin rikastaa psykologisessa mielessä tuomarin päätöksentekoympäristöä ja tuo siihen luonnollisuutta.

⁴⁰ Evans & Over (1996) s. 101.

⁴¹ Evans & Over (1996) s. 14–16.

Olennaisinta olisi päästä toteamaan jotakin siitä, onko tuomarin päätöksenteko rationaalista. Päätöksenteon rationaalisuus₂ on nimittäin perusedellytys sille, että perusteluista voi päätellä mitään tuomioistuimen päätöksenteosta ja sen vaiheista. Jos ratkaisuun on päädytty jollakin epärationaalisella tavalla, niin tuomari oletettavasti ei kuvaile tällaista ajatuskulkuaan tuomion perusteluosassa siinäkään tapauksessa, että hän on tietoinen siitä. Jatkossa havaitaan, että *ainakin eräs* 2-tyyppin prosessien käyttötarkoitus todella on rationalisoida intuitiivisten 1-tyyppin prosessien tuottamia päätöksiä.

Ratkaisuheuristiikat, justifiointi itselle ja justifiointi yleisölle (ratkaisun argumentointi) voivat olla kolme eri asiaa. Eräs mahdollinen tuomioon johtava tapahtumainkulku olisi seuraava: 1. tuomari päätyy intuitiivisesti johonkin ratkaisuun (vrt. ratkaisuheuristiikka), 2. hän perustelee tämän ratkaisun itselleen rationaalisesti₂ (vrt. justifikaatio), 3. hän laatii lainmukaiset perustelut. Intuitiivisen päätöksenteon vaiheita ei voi tiedostaa, eli perustelujen tekstiin voi päätyä vain jälkikäteen rationalisoimalla luotuja justifiointeja (vaiheesta 2). On kuitenkin mahdollista, että tuomari ei kelpuuta edes niitä tuomioon kirjoitettavaksi esimerkiksi siitä syystä, etteivät ne perustu sallittuihin oikeuslähteisiin. Korostettakoon, että tämä on siis vain eräs mahdollinen vaihtoehto – se niistä, joka eniten muistuttaisi oikeusteoriassa esitettyä mallia, joskin oikeusteoriassa on tuomion varsinaisten perustelujen laatimista pidetty osana justifiointia. ”Kvasirationaalisuus”-näkemyksessä taas peräti katsotaan, että voisi olla intuitiivis-analyttisiä prosesseja, ja siten kiistetään kaksoisprosessiteorian perusajatus kahdesta selvästi erillisestä prosessityypistä⁴².

1- ja 2-tyyppin prosessit voivat olla myös jonkinlaisessa joko konfliktissa tai interaktiossa keskenään sillä tavoin, että 2-tyyppin prosessitkin voivat päästä vaikuttamaan itse lopputulokseen. Eräissä ehdotuksissa on katsottu, että ihmisellä on kyky myös analyttiseen päättelyyn siten, että tällä päättelyllä on itsenäinen, johtopäätökseen vaikuttava osuus (esim. jäljempänä mainittu *intuitive-override*-malli). Tämä kuitenkin riippuu tilanteesta ja yksilöllisistä eroista⁴³. Työläiden, analyttisten prosessien profiilia on myös mahdollista korottaa koulutuksella, esim. logiikan päättelysääntöjen soveltamisessa auttaa formaalilogiikan alalla saatu koulutus, ja miksei vastaava pitäisi paikkansa juridiikankin suhteen.

⁴² Dhimi ym. (2015) ja Hammond (2010) s. 330–332.

⁴³ Evans & Over (1996).

Yllättäen prosessilainopin puolella Virolainen & Martikainen kuvailevat yllä esitettyä muistuttavaa kolmijakoa kulissiperustelujen yhteydessä varsin hyvin: ”On mahdollista, ettei ratkaisija ole aina edes tiedostanut sitä, mitkä tekijät todella ovat vaikuttaneet hänen ratkaisunsa. Siinäkin tapauksessa, että hän on ollut niistä tietoinen, hän saattaa katsoa, ettei ole sopivaa nimenomaisesti tuoda niitä julkisuuteen, minkä vuoksi hän asettuu näennäisten perustelujen muodostaman kulissin taakse⁴⁴.” Kuitenkin justifiointi itselle ja justifiointi yleisölle voivat olla joskus miltei sama asia, mitä Virolainen & Martikainen kutsuvat rehellisyydeksi⁴⁵. Lisäksi ratkaisuheuristiikka ei välttämättä aina ole psykologisessa mielessä heuristiikka ensinkään, vaan jo ensimmäinen versio tuomiolauselman sisällöksi tulevasta ratkaisusta on voitu luoda analyttisin prosessein, jos siis uskotaan, että hitaat, tietoiset prosessit voivat olla käytössä jo melko varhaisessa vaiheessa. 2-tyypin prosessien tällaisesta roolista ei ole kuitenkaan vielä todellakaan muodostunut konsensusnäkemystä, ja eräs tutkija on todennut: ”2-tyypin prosessien ainoa rooli, jonka puolesta on selkeää näyttöä, on *post hoc* -justifikaatio⁴⁶.” Ei voida silti sulkea tässä vaiheessa poiskaan vaihtoehtoa, että tuomion perustelut voisivat joskus muun ohella olla aito kuvaus ratkaisuun johtaneesta päätöksenteosta.

2.2.3 Sosiaalipsykologian ja moraalipsykologian kaksoisprosessiteoriat

Kaksoisprosessiteorioita on harrastettu kognitiivisen psykologian ulkopuolellakin, erityisesti sosiaalipsykologiassa, ja nämä kirjallisuudet myös kommunikoivat keskenään. Eräs nähdäkseni kiinnostava alue tuomarin päätöksenteon kannalta on moraalisen tai normatiivisen päätöksenteon tutkimus. Tällaisessa tutkimuksessa lähdetään siitä, että moraaliset arviot perustuvat voivat perustua kahdenlaisiin kognitiivisiin prosesseihin: 1. moraali-intuitioihin, jotka rinnastuvat 1-tyypin prosesseihin ja ratkaisuheuristiikkoihin sekä 2. henkilökohtaisen moraaliteorian soveltamiseen, joka rinnastuu 2-tyypin prosesseihin ja justifioinnin logiikkaan⁴⁷. Näiden erilaisten moraalipäätöksenteon väylien kesken voi tulla ristiriita silloin, kun yksilön moraaliteoriasta juontuva ratkaisu on toinen kuin hänen moraali-intuitionsa tuottama ratkaisu⁴⁸. Muistutan, että 1-tyypin prosessi on aina nopeampi kuin 2-tyypin. Tällaiset ristiriidat *intuitive-override*-mallin perusehdotuksen mukaan ratkeavat joko niin, että 2-tyypin prosessien tuottama ratkaisu kumoaa alkuperäisen intuitiivisen ratkaisun, tai niin, että se ei kumoa sitä.

⁴⁴ Virolainen & Martikainen (2010) s. 15 ja 35–36.

⁴⁵ Virolainen & Martikainen (2010) s. 36.

⁴⁶ Saunders (2009) s. 343.

⁴⁷ Saunders (2009).

⁴⁸ Saunders (2009) s. 337.

Saunders väittää, että ei-työläs ja *luotettava* moraalinen päätöksenteko edellyttää systeemi 1:n (tyypin 1 prosessien) valjastamista käyttöön⁴⁹. Tätä ei nähdäkseni tarvitse sellaisenaan hyväksyä, mutta sille on järkevääntuntuinen perustelu: *intuitive-override*-mallin mukainen kumoamismekanismi ei voi olla pysyvä ratkaisu, koska se on sekä työläs että *virheherkkä* tapa päätyä teorianmukaisiin johtopäätöksiin⁵⁰. 2-tyypin prosessit ovat todellakin alttiita ns. performanssitason virheille, koska ne perustuvat keskittymistä vaativaan, työmuistissa tapahtuvaan päättelyyn. Niiden käytössä on myös yksinkertaisesti hyvin alhainen laskentateho verrattuna 1-tyypin prosesseihin, vrt. esim. päässälaskun (2-tyypin prosessi) nopeutta ja tarkkuutta siihen tähtitieteellisen paljon tehokkaampaan laskentaan, jota aivan ilmeisesti niinkin arkipäiväinen ja vaivaton asia kuin maastossa juokseminen (1-tyypin prosessi) edellyttää. Tässä katsannossa tuomarin päätöksenteon itsestään selvä ihanne normatiivisesta rationaalisuudesta voi joutua kyseenalaiseksi.

On kuitenkin ensin kysyttävä, onko tuomarin päätöksenteko moraalista päätöksentekoa. Oma näkemykseni on, että ainakin rangaistuksen määräämisessä moraalintuutiolla hyvin voi olla jokin rooli. Saundersin teorian toinen puoli moraaliteorian soveltamisesta ei välttämättä niin suoraan istu tähän päätöksenteon erityistyyppiin. Tuomarihan kuitenkin soveltaa oikeusnormeja, ja kuva tuomarin päätöksenteosta käy aika sekavaksi, jos siihen kuuluu moraalintuutioita, moraalisen teorian soveltamista ja oikeusnormien soveltamista. Teorian pitäisi kuitenkin selkiyttää ja selittää asioita eikä sotkea niitä. Minusta kuitenkin näyttäisi siltä, että oikeusnormit itse asiassa kuuluvat moraalisen teorian alueelle sen sijaan, että ne muodostaisivat oman kategoriansa. Ei ole mitään estettä sille, että moraalinen teoria voisi tulla jostakin annettuna – oikeastaan olisi aika korkea vaatimus, että oman moraaliteorian pitäisi olla jotenkin itse laadittu. Moraalintuutiot sen sijaan ovat hitaasti opittuja ja syvään juurtuneita niin kuin ylipäänsä 1-tyypin prosessien soveltamat säännöt.

Palataan siihen Saundersin ehdotukseen, että luotettava moraalinen päätöksenteko edellyttäisi 1-tyypin prosessien käyttöä. Tähän tarvittaisiin sitä, että tyypin 1 prosessien taustalla olevat säännöt voisivat muokkautua oppimisen myötä, kuten todella on asianlaita. Tällainen ns. implisiittinen oppiminen on hidasta ja perustuu suureen määrään toistoja, mutta myös palkinto sen onnistuessa on suuri, sillä tällöin kyseisen säännön soveltaminen automatisoituu ja käy vaivattomaksi⁵¹. Moraalipäätöksenteon puolella tällainen implisiittinen oppiminen

⁴⁹ Systeemi 1:llä tarkoitetaan 1-tyypin prosesseja ajavaa mentaalista ohjelmistoa.

⁵⁰ Saunders (2009) s. 343–344.

⁵¹ Evans & Over (1996) s. 149–150.

tarkoittaisi moraalisen teorian sisältämien sääntöjen jonkinasteista automatisoitumista, ”intuitivisoitumista”. Saunders perusteleee tällaista mahdollisuutta sillä vertauksella, että vaikka toisen kielen oppiminen on vaikeaa, on kuitenkin mahdollista myöhäiselläkin iällä oppia toinen kieli siinä määrin, että sen käyttö tulee varsin luontevaksi ja sujuvaksi. Ihmiset jopa saattavat joskus huomaamattaan ajatella vieraalla kielellä. Saunders ajaa tällä takaa sitä, että kielellisessä domeenissa 2-tyypin prosessit nähtävästi voivat informoida 1-tyypin prosesseja, ja hän kysyy, miksei sama voisi toimia moraalin domeenissa.⁵²

On jotakin näyttöä siitä, että luonnollisen kielen lauseet ja niille altistuminen ovat eräs intuitiivista järjestelmää opettava ympäristön piirre. Moraalin alueella tällaisia lauseita olisivat esimerkiksi vanhempien lapsen kohdistamat moitteet, joilla varmaan on osoitettu olevan jotakin vaikutusta lapsen moraaliin. Moraalisten sitoumusten puhuminen itselle voisi Saundersin mukaan toimia samalla tavoin. Lisäksi moraaliteorian sääntöjen rikkominen voi samalla kertaa rikkoa intuitiivisia moraalisääntöjä, vaikkeivät nämä kaksi järjestelmää sisältäisikään samaa sääntöä. Tämä johtuisi siitä, että intuitiiviseen moraalijärjestelmään useimmilla ihmisillä kuulunee *lupausten pitämisen normi*, jota rikomme, jos rikomme *sitouttamme noudattaa* jotakin moraaliteoriamme normia. Tällaisella rikkomuksella myös olisi niin korkea kielteinen emotionaalinen valenssi, että mahdollinen intuitiivisen järjestelmän aiempi arvio teon sallittuudesta jäisi sen varjoon. Tämä kognitiivinen prosessi yhdessä äsken mainitun itselle puhumisen (*self-verbalisation*) kanssa vähitellen asentaisi moraaliteorian normia intuitiiviseen järjestelmään. (Tuomareiden luulisi saavan myös muiden puhumia verbaalisia vihjeitä, jotka ovat samansuuntaisia kuin heidän omat lakiin perustuvat verbalisaationsa.)⁵³

Tässä vaiheessa havaitaan, että on muutamiakin vaihtoehtoja, joiden mukaisesti tuomarin päätöksenteko voi edetä. Tiivistetysti voidaan sanoa, että 1-tyypin prosesseilla on jokin rooli. Sen vähimmäisrooli on suunnata päätöksentekoa sen ensi vaiheissa. Tämän jälkeen on mahdollista, että itse johtopäätös (rangaistusseuraamus) päätetään joko 1- tai 2-tyyppisesti. Perusoletuksena ehkä voidaan pitää sitä oikeusteoriassakin esitettyä ajatusta, että ensimmäinen ratkaisuehdotus on intuition tuotetta, ja tämän jälkeen olisi *overriden* mahdollisuus 2-tyypin järkeilyn pohjalta. Missä määrin päätöksenteon vaiheita voidaan kuvata tuomion perusteluissa, riippuu a) siitä, onko ratkaisu syntynyt 2-tyyppisesti (joko *overriden* tuloksena tai

⁵² Saunders (2009) s. 345–346.

⁵³ Saunders (2009) s. 348–350.

alun perin), ja b) siitä, ovatko tuon 2-tyyppin päätöksenteon vaiheet sellaisia, että niitä tuomarin itsensä mielestä on sekä hyödyllistä että laillista käyttää perusteluina.

2.3 Kaksoisprosessiteorioiden vertailua

Oikeusteoriassa kehitetty käsitys kahdesta oikeudellisen päätöksenteon kontekstista on lähellä kognitiivisen psykologian kaksoisprosessiteorioiden käsitystä kahdesta erityyppisestä päätöksenteosta. Olenkin kutsunut ”oikeusteoreettiseksi kaksoisprosessiteoriaksi” oikeusteoreettista näkemystä kahdesta kontekstista.

Sekä oikeusteoriassa että psykologiassa kaksoisprosessiteoriat ovat kehittyneet monimutkaisempaan suuntaan. Psykologisissa kaksoisprosessiteorioissa tunnustetaan monenlaisia interaktion tapoja 1- ja 2-tyyppin prosessien välillä, ja niiden välisen interaktion luonteesta on erimielisyyttä (oikeastaan ”interaktio” on juuri yksi näistä kilpailevista teorioista), vaikka kenties alun perin ajateltiin, että 1-tyyppin prosessit vastaavat päätöksenteosta ja 2-tyyppin prosessit päätöksen rationalisoinnista. Nytemmin on saatu näyttöä, ettei perusteleminen aina seuraa itse päätöstä, vaan rationaalisilla perusteluilla voi olla myös vaikutusta lopputulokseen. ”Kvasirationaalisuus” intuitiivisia ja analyttisiä prosesseja yhdistelevänä päätöksenteon muotona olisi vailla pohjaa, jos analyttiset prosessit eivät pääsisi vaikuttamaan myös lopputulokseen⁵⁴.

Oikeusteoriassa taas perusnäkemys on, että ratkaisu keksitään *context of discoveryssa*, minkä jälkeen perustelut luodaan *context of justificationissa*, mutta oikeusteoriassakin puhutaan päätöksenteon kahdensuuntaisuudesta (*bidirectionality*)⁵⁵. Tällä tarkoitetaan, että oikeuttamisvaiheessa voidaan esimerkiksi päätyä muuttamaan alustavaa ratkaisua, mitä kognitiivisessa psykologiassa kutsuttaisiin *heuristic-override*-malliksi. Vaikka olen kritisoinut Bergholtzia siitä, etteivät hänen väitteensä vaikuta näyttöön perustuvilta, jotkin hänen esittämänsä näkemykset ovat melko uskottavia kognitiivisen psykologian alalla hankitun tutkimusnäytön valossa.

⁵⁴ Dhimi ym. (2015). Nähdäkseni ko. teoria on vailla pohjaa paremminkin siitä syystä, että sen mukaan prosessit asettuisivat jonkinlaiselle liukuvalla skaalalle intuitiivisesta analyttiseen, vaikka on näyttöä siitä, että tyyppien 1 ja 2 prosessit poikkeavat laadullisesti toisistaan.

⁵⁵ Gräns (2005) s. 113. Termi on peräisin päätöksenteon tutkimuksesta, mutta Gräns poikkeaa muista oikeusteoreetikoista siinä, että hän eksplisiittisesti nojautuu ja viittaa psykologia-alan tutkimuksiin.

Tyypin 2 prosessien rooli siis ei ole välttämättä pelkästään rationalisointi. Toisaalta tyypin 1 prosessien vaikutus ei voi rajoittua pelkästään päätöksenteon ”esivaiheisiin” kuten vaihtoehtojen rajaamiseen. Tyypin 1 prosessit vaikuttavat olennaisesti lopputulokseen, tuomioistuintoiminnassa todennetusti esimerkiksi ankkurointivaikutuksen kautta. Gränsin kuvaama Holyoakin & Simonin *constraint satisfaction* on ehdotus mekanismiksi, jonka kautta tämä vaikutus voisi toteutua⁵⁶. *Constraint satisfaction* tarkoittaa lyhyesti sanoen sitä, että päätöksentekijä kiinnittää huomionsa lähinnä yhteen monista erisuuntaisista perusteluista ja tiedostamattaan työstää vastakkaissuuntaiset perustelut pois. Tämä on osoitus *pro et contra* -perustelemistavan psykologisesta vaikeudesta. Edellä tuli jo esille, että päätöksentekijät ja erityisesti ammattituomarit lopulta ovat vakuuttuneita omasta ratkaisustaan. Tämä vaikutus ulottuu perusteluihin siten, että päätöksentekijä kuvailee näytön tai oikeussäännön osoittaneen *vahvasti yhteen suuntaan*, vaikka kysymys olisi tilanteesta, jossa koeasetelmalla on *varmistettu* oikeussääntöjen tai näytön *ristiriitaisuus*⁵⁷.

2.4 Tuomarin päätöksenteko: millaisia erityispiirteitä ja vaiheita siihen sisältyy

Oikeusteoriassa on keskusteltu myös siitä, miten erityistyyppistä päätöksentekoa juridinen päätöksenteko on. On esimerkiksi verrattu juridista päätöksentekoa poliittiseen päätöksentekoon⁵⁸. Tässä asiassa voidaan korostaa yhtäältä sitä, että kummankinlainen päätöksenteko on jossakin määrin oikeusnormien sitomaa. Toisaalta voidaan korostaa sitä, että juridinen päätöksenteko ja varsinkin oikeudellisen ratkaisutoiminta on *erityisen paljon* oikeusnormien sitomaa. Tämän tutkielman kannalta mielekkäämpi vertailu on kuitenkin arkipäätöksenteon, laboratoriopäätöksenteon ja tuomioistuinpäätöksenteon välillä. Edellisessä luvussa on muun ohessa pyritty kuvaamaan, millä tavoin psykologiset kaksoisprosessiteoriat ja niitä koskeva tutkimusnäyttö voivat olla relevantteja tuomioistuimen päätöksenteon kannalta.

Tuomarit eivät ole immuuneja intuitiiviselle päätöksenteolle ja ns. päätöksenteon harhoille (*biases*), jos tätä termiä halutaan käyttää, koska nämä ovat ihmiskognition piirteitä, jotka eivät katoa koulutuksen myötä ja joita ei kytketä pois päältä omalla erityisalalla toimittaessa⁵⁹. Joidenkin alojen ammattilaiset tosin osaavat välttää harhoja ja epäolennaisten seik-

⁵⁶ Gräns (2005) s. 113 ja Holyoak & Simon (1999) s. 4–5.

⁵⁷ Gräns (2005) s. 117–118.

⁵⁸ Aarnio (1975) s. 90–92.

⁵⁹ Ks. esim. Peer & Gamliel (2013) ja Englich ym. (2006).

kojen vaikutusta muita paremmin, mutta tuomarit eivät kuulu tällaisiin korkean suoritusason ammattikuntiin⁶⁰. Päätöksenteon intuitiivisuus ei ole sinänsä kielteinen asia. Päinvastoin jos päätöksenteossa voi hyödyntää *luotettavia* tyypin 1 prosesseja, päätökset ovat silloin niin nopeita ja tarkkoja, ettei sellaiseen voi yltää analyyttisessä päätöksenteossa. Sekään ei ole yksinään ongelma, että kaikilla päätöksenteon alueilla intuitio ei kehity yhtä tarkasti. Sellaisilla päätöksenteon alueilla, jotka eivät ole suotuisia hyvien intuitioiden kehittymiselle, voidaan yrittää käyttää tyypin 2 prosesseja eli tehdä päätökset analyyttisesti ja keskittyneesti. Tällä tavoin voidaan välttää huonoista intuitioista johtuvat systemaattiset virheet. Nämä virheet on kuitenkin ensin tiedostettava.

Kuvitellaan henkilö A, jolla on pitkä kokemus ja vahva implisiittinen ammattitaito siinä merkityksessä, että hän useinkin työtehtävissään tietää oikean ratkaisun nopeasti ilman tietoista pohdintaa. Kuvitellaan sitten, että on toinen henkilö B, jolla myös on pitkä kokemus, mutta hänellä on heikko implisiittinen ammattitaito, hänen intuitiiviset päätöksensä eivät ole luotettavia ja niissä on myös systemaattisia virheitä. Hän ottaa huomioon epäolennaisia seikkoja ja jättää ottamatta huomioon olennaisia seikkoja. Jos pyydämme näitä henkilöitä arvioimaan ammattitaitoaan tai intuitioitaan, heidän vastauksensa voivat – riippuen siitä, millä alalla he toimivat – olla suunnilleen samanlaiset. Henkilö B ei välttämättä tiedosta omien intuitioidensa puutteita. Jos näin on, tämä johtuu juuri samoista asioista kuin se, etteivät henkilö B:n intuitiot ole päässeet kehittymään. Näitä asioita ovat päätöksentekoympäristön validisuuden puute ja kehittävän palautteen puute⁶¹.

Validi päätöksentekoympäristö on ennustettava, ja siellä on paljon olennaisilta osin samankaltaisia toistuvia tilanteita. Täysin samanlaisina niiden ei tosin tarvitse toistua. Kehittävä palaute on sellaista, joka tulee nopeasti ja säännöllisesti sekä on itsessään luotettavaa.⁶² Tällainen palaute kehittää ammattitaitoa tavallaan pelkän ”altistumisen” kautta ilman tietoisia ponnistuksia. Jos sen sijaan palautteen saamisessa on suuria odotusaikoja ja sitä tulee harvoin, se ei juuri edistä implisiittistä oppimista eli tyypin 1 prosessien (intuitioiden) kehittymistä. Sellaisestakin palautteesta voi tosin hyötyä, mutta se edellyttää palautteen analysoimista ja sieltä omaksuttujen ohjeiden käyttöön ottamista tyypin 2 prosessien tasolla.

On kysyttävä: onko suomalainen tuomari mahdollisesti henkilön B tyyppinen ja jos on, miten tilannetta voisi parantaa. Kysymys ei ole helppo, sillä päätöksenteon tutkimuksessa ei

⁶⁰ Shanteau (2015) erityisesti s. 171.

⁶¹ Kahneman & Klein (2009) s. 520.

⁶² Sama.

vielä tiedetä tarkalleen, miten ylipäänsä asiantuntijoiden ammattitaito kehittyy ja millaiset mekanismit kehittävät asiantuntijoiden kykyä oppia erottamaan olennainen epäolennaisesta⁶³. Parannusehdotusten täytynee kuitenkin olla jompaakumpaa kahdesta tyypistä, eli joko tuomarin päätöksentekoympäristöä pitäisi kehittää hyviä intuitioita edistävään suuntaan tai tuomarin koulutusta ja päätöksentekoympäristöä pitäisi kehittää päätöksenteon intuitiivisuutta vähentävään suuntaan.

Ammattituomareiden on kokeellisen tutkimuksen koehenkilöinä todettu toimivan mm. niin sanotun jälkiviisausharhan mukaisesti⁶⁴. Jälkiviisausharha tarkoittaa sitä, että toteutuneen tapahtuman todennäköisyyttä liioitellaan jälkikäteisissä arvioissa. Tuomioistuintoiminnassa todennäköisyyksien arviointia on tehtävä esimerkiksi vakuutus- ja vahingonkorvausoikeudessa sekä tietenkin rikosoikeudessa, kun mietitään todennäköisyystahallisuutta (RL 3:6⁶⁵). Jälkiviisausharhan on todettu Yhdysvalloissa vaikuttaneen todellisissa oikeustapauksissa mm. tuottamuksen arviointiin sillä tavoin, että samanlainen lääkärin toiminta samanlaisissa tilanteissa arvioidaan todennäköisemmin tuottamukselliseksi silloin, kun aiheutunut vahinko on ollut suuri⁶⁶.

Kuitenkin jälkiviisausharha voi ohjata tuomarin toimintaa paljon useamminkin kuin vain silloin, kun tapauksessa on aineellisesti tai oikeudellisesti kysymys todennäköisyyksistä. Eräässä tutkimuksessa yhdysvaltalaisille tuomareille kuvattiin fiktiivinen oikeusjuttu, kerrottiin alioikeusratkaisu ja kerrottiin, miten ylioikeus oli toiminut: oliko se alentanut korvausta, jättänyt alioikeuden ratkaisun voimaan vai poistanut alioikeuden tuomion. Tämän jälkeen tuomareilta kysyttiin, mikä kolmesta lopputuloksesta ylioikeudessa oli ”*todennäköisin jutun tosiseikkojen valossa*”. Osoittautui, että tuomarien vastaus riippui suuresti siitä, mikä heille oli kerrottu ylioikeuden ratkaisun olleen. Ratkaisun voimaan jättämistä todennäköisimpänä vaihtoehtona piti vain 27,8 % niistä tuomareista, joille oli kerrottu ylioikeuden poistaneen alioikeuden tuomion. Sen sijaan niistä tuomareista, joille oli kerrottu ylioikeuden jättäneen tuomion voimaan, peräti 81,5 % piti sitä todennäköisimpänä vaihtoehtona.⁶⁷

Tuomareille tehtiin äsken mainitussa tutkimuksessa myös sellainen koe, jossa yhden ryhmän piti arvioida *probable causen* olemassaoloa kotietsintätapauksessa etukäteen sillä tavoin, että poliisi pyysi lupaa auton tutkimiseen etukäteen. Toiselle ryhmälle esitetty tapaus oli

⁶³ Shanteau (2015) s. 174.

⁶⁴ Guthrie ym. (2007) s. 24–29.

⁶⁵ Ks. Frände (2005) s. 128–136 ja esim. KKO 2013:82.

⁶⁶ Peer & Gamliel (2013) s. 115.

⁶⁷ Guthrie ym. (2007) s. 24–26.

muutoin identtinen, paitsi poliisi oli jo tehnyt etsinnän autossa ja löytänyt sieltä suuren määrän huumausainetta, huumausaineiden käyttövälineitä sekä eräässä murhassa käytetyn aseiden. Jälkikäteisessä arvioinnissa oli kysymys todisteiden sallittavuudesta (*admissibility*), joka pitäisi arvioida täsmälleen samoin perustein kuin *probable cause* olemassaolo eli poliisilla ennen etsintää käytettävissä olleen tiedon perusteella. Kahdesta ryhmästä kutakuinkin samanlainen osuus myönsi etsintäluvan (24,9 %) tai salli todisteet (27,7 %). Luonnollisestikin voidaan kysyä, tekisikö tuomari todellisessa tilanteessa ehkä tahallisesti lainvastaisen ratkaisun mieluummin kuin heittäisi raskauttavat todisteet roskakoriin. Se on kuitenkin täysin erilinen kysymys siitä, osaako hän torjua jälkiviisausharhan vaikutuksen. Tämä koeasetelma näyttää osoittavan, että yhdysvaltainen tuomari osaa sen torjua tietyssä kysymyksessä. Yhdysvaltain perustuslain neljättä lisäystä koskevasta oikeuskäytännöstä saatavat oikeusohjeet muodostavat nykyään erittäin yksityiskohtaisen normiston tällaisten *probable cause* -tapauksien arviointiin. Tällainen hyvin tiheä sääntöverkko ja sen tuntemus kirjoittajien mukaan edistävät harkittua 2-tyypin lähestymistapaa, vaikka tuomarit yleensä ottaen ovat jälkiviisaista siinä kuin muutkin ihmiset.⁶⁸

Tuomarin päätöksenteko ei ole ennustamista, vaan se on taaksepäin katsovaa päätöksentekoa. Sitä voisi yleisesti luonnehtia menneen tapahtuman hahmottamiseksi ja asettamiseksi oikeudelliseen kehikkoon. Osa tässä päätöksenteossa huomioon otettavista asioista on tavaltaan ”menneisyyden ennustamista”, sillä esim. rangaistuksen määräämisen kohdalla ainakin tahallisuuden asteen ja toisintoimimismahdollisuuden arvioimiseksi tulisi ottaa tekoa edeltävän ajanhetken näkökulma. Nimenomaan tällä alueella on huomioitava jälkiviisausharhan mahdollisuus: tuomarin pitäisi olla varautunut korjaamaan alaspäin omaa arviotaan toteutuneen tapahtuman todennäköisyydestä.⁶⁹

2.5 Rangaistuksen määräämisen psykologia

Rangaistuksen määräämistä on kuvattu tavoitteelliseksi käyttäytymiseksi rajoitusten vallitessa. Tavoitteena on oikeudenmukainen rangaistus syyksi luetusta rikoksesta; täsmällisempiä tavoitteita voivat olla kosto, pelotteen luominen, rikoksentehtäjän rehabilitointi, rikoksentehtäjän eristäminen tai rikoksen hyvittäminen uhreille. Rajoituksia taas voivat olla esimerkiksi rangaistusasteikko, erilaisten rangaistuslajien yleiset tuomitsemisedellytykset, yhteistä

⁶⁸ Guthrie ym. (2007) s. 26–27.

⁶⁹ Ks. Tetlock (2005).

rangaistusta koskevat säännökset, erilaiset asiantuntijalausunnot ja mittaamisohjeet/suosittaulukot joissakin oikeusjärjestelmissä ja rikostyypeissä. Myös perustelemisvelvollisuus on eräs rajoituksena huomioon otettava asia: se käytännössä ehkäisee tuomaria tuomitsemasta rangaistusta, jota hän ei katso voivansa perustella laillisesti. Tässä yhteydessä ei ole relevanttia, miten sopivaa tai lainmukaista kunkin tavoitteen tai rajoituksen huomioon ottaminen kulloinkin on.⁷⁰

Olipa käytössä *sentencing guidelines* -tyyppisiä ohjeita tai ei, käytännössä yksittäisen tuomarin ei välttämättä haluta tuomitsevan valitsemiensa pelotteen ja rehabilitoinnin kaltaisten yleisluontoisten, erisuuntaisten tavoitteiden pohjalta. Kotimaassa kenties olennaisin tavoite yksittäisessä tuomitsemistilanteessa on RL 6:3.1:ssä mainitun rangaistuskäytännön yhtenäisyyden säilyttäminen eli aikaisemman oikeuskäytännön mukaisen rangaistuksen määrääminen. Nähdäkseni tämä on huomattavasti järkevämpi käsitteellistä tavoitteeksi kuin rajoitukseksi – siksi keskeinen näkökohta se on.

Tavoitteiden erisuuntaisuus joka tapauksessa vaikeuttaa rangaistuksen määräämistä koskevien ratkaisujen kritisointia ja rangaistuksen määränneen tuomarin ”onnistumisen” arviointia. ’Onnistuminen’ ei ole hyvin määritelty käsite tässä yhteydessä. Tuomarienvälinen ja tuomarikohtainen konsistenssi olisivat varmasti objektiivisimpia onnistumisen kriteereitä, mutta niitäkään ei ole helppo mitata⁷¹. Lisäksi tutkimusnäyttöä on niukasti siitä, millainen rangaistuksen määräämistä koskeva sääntely parhaiten johtaa mihinkin tavoitteisiin. Rangaistuksen määräämistä eri *common law* -järjestelmissä vertailleet tutkijat ovatkin sillä kannalla, että tutkimusnäytön puuttuessa tulee pyrkiä vain tunnistamaan kuhunkin rangaistuksen määräämistehtävään sopivin kognitiivinen prosessointimenetelmä. Määräämistehtävän täsmällinen sisältö taas vaihtelee oikeusjärjestyksittäin sen mukaan, millainen rangaistuksen määräämistä koskeva sääntely ja muu normisto on käytössä.⁷²

Rangaistuksen määrääminen päätöksentekotehtävänä sisältää sekä tyypin 1 prosesseja että tyypin 2 prosesseja edellyttäviä ja aktivoivia piirteitä. Tyypin 1 prosesseja tarvitaan huomioon otettavien näkökohtien runsauden ja näiden näkökohtien keskinäisriippuvuuksien sekä osittaisen subjektiivisuuden vuoksi. Edelleen tyypin 1 prosesseja aktivoi myös ratkaisuvai-

⁷⁰ Dhami ym. (2015) s. 240.

⁷¹ Ks. esim. Shanteau (2015).

⁷² Dhami ym. (2015) s. 244.

toehtojen runsaus ja määräämistehtävän rutiininomaisuus. Toisaalta tyypin 2 prosessien käytön tekevät tarpeelliseksi mm., että käsiteltävä informaatio on sanallisessa muodossa, aikapainetta ei käytännössä ole, palautetta ei juurikaan tule ja ratkaisut on perusteltava.⁷³

Jos päätös tehdään tyypin 1 prosessein, esimerkiksi rangaistuslajin valinnassa ei välttämättä käytännössä pohdita useita eri vaihtoehtoja. Kokenut ammattilainen, tässä yhteydessä tuomari, voi aiemman kokemuksensa pohjalta päätyä melko välittömästi ensimmäisenä harkitsemaansa vaihtoehtoon siltä pohjalta, että tapaus muistuttaa riittävästi aiempia tietyllä tavalla ratkaistuja, tässä yhteydessä tietynlajiseen rangaistukseen johtaneita, tapauksia.⁷⁴ Oikean vaihtoehdon tunnistaminen nopeasti olisi luonnollisestikin myönteinen asia. Kuten jäljempänä tulee esille, intuitiivinen ”*pattern matching*” voi kuitenkin olla ongelmallinen päätöksentekotapa, jos päätöksentekoympäristö ei anna riittävästi mahdollisuuksia harjaantua tekemään juuri oikeita erotteluita.

Rangaistuksen määräämisen kannalta eräs mielenkiintoisimpia päätöksenteon efektejä on jo mainittu ns. *ankkurointi* (*anchoring*). Ankkurointi merkitsee sitä, että kun tehdään päätöstä jostakin numeerisesta arvosta, tähän päätökseen tyypillisesti otetaan lähtökohdaksi jokin standardiarvo. Tämä lähinnä edistää hyvään lopputulokseen päätymistä silloin, kun standardiksi otetaan jokin perusteltu tai relevantti luku. Ankkurointi ei kuitenkaan ole tietoisien harkinnan tulosta, eikä ankkurin valikoitumisessa ole relevanssikriteereitä vaan ankkuri valikoituu lähinnä ”salienssin” perusteella. Salienssilla tarkoitan, että ankkuri on mikä tahansa asiaan liittyvä luku, jota tuomari on jossakin vaiheessa kognitiivisesti prosessoinut ja joka on päätöksentekotilanteessa niin sanoakseni päällimmäisenä mielessä.⁷⁵

Todellisessa rangaistuksenmääräämistilanteessa ankkuureita voivat olla esimerkiksi minimirangaistus, maksimirangaistus, normaalirangaistus (jos se on tuomarin tiedossa) ja *syyttäjän rangaistusvaatimus*. Syyttäjän rangaistusvaatimus olisi ongelmallinen ankkuri sen vuoksi, että se saattaa olla asetettu varsin korkeaksi. Syyttäjän tulee kontradiktorisessa rikosprosessissa toimia aitona vastapuolena, ja hän saattaa haluta jättää alkuperäiseen rangaistusvaatimukseensa ”neuvotteluvaraa” alaspäin. Aiemmin on todettu, että normaalirangaistuksen tulisi mm. rikoslain esitöiden perusteella aina olla mittaamisen lähtökohta, ja näin ollen se olisi ainoa lain sallima ankkuri, jos jokin ankkuri pitää olla. Saksalaiset tutkijat ovat tutkineet ankkurointia käyttäen koehenkilöinä kokeneita ammattituomareita ja -syyttäjiä. Syyttäjien

⁷³ Sama.

⁷⁴ Klein (2015) s. 165.

⁷⁵ Englich ym. (2006) s. 188.

mukanaolo ei vaikuta tulosten pätevyYTEEN, sillä tutkijoiden analyysi osoitti, etteivät syyttäjien vastaukset juuri poikenneet tuomarien vastauksista.⁷⁶

Kyseisessä tutkimuksessa käytettiin useita koeasetelmia, joilla pyrittiin nimenomaan sulkemaan pois sellainen vaihtoehto, että tuomarien käsitys luvun relevanssista vaikuttaisi ankkurointiin. Tuomareille esitettiin esimerkiksi sellainen kuvitteellinen tilanne, jossa lehtitoimittaja oli kysynyt tuomarilta, tuleeko tapauksessa vankeutta yli vai alle yksi vuosi tai tuleeko vankeutta yli vai alle kolme vuotta. Tuomarit oli siis jaettu kontrolloidusti kahteen ryhmään, ja ainoa muuttuja oli, sanoiko toimittaja ”yksi vuosi” vai ”kolme vuotta”. Tapauksen faktat kuvailtiin tuomareille annetussa aineistossa hyvin yksityiskohtaisesti ja realistisesti. Tuomarien tuli jälleen ratkaista tapaus, ja kolmen vuoden ankkurin saaneet tuomitsivat keskimäärin 33,38 kuukautta, yhden vuoden ankkurin saaneet keskimäärin 25,43 kuukautta vankeutta. Ratkaisuun siis vaikutti toimittajan huutelu, jonka kaikki koehenkilöt tiesivät epäolennaiseksi; heillä oli keskimäärin yli 10 vuoden kokemus tuomioistuintyöstä.⁷⁷

Eräässä toisessa osatutkimuksessa osoitettiin, että ”syyttäjän rangaistusvaatimus” vaikutti tuomarien ratkaisuun myös silloin, kun se oli tosiasiassa sattumanvaraisesti valittu. Luku ei tosin ollut aidosti sattumanvarainen, mutta tuomarit luulivat sitä sellaiseksi, koska he saivat itse arpoa sen painotetulla nopalla, jota he eivät tienneet painotetuksi. Ankkurit olivat 9 kuukautta ja 3 kuukautta. Tässä tapauksessa toinen ryhmä tuomitsi keskimäärin 7,81 kuukautta ehdollista vankeutta, toinen taas 5,28 kuukautta ehdollista vankeutta. Ero on jälleen huomattava ja kutakuinkin samansuuruinen kuin sellaisessa kokeessa, jossa samat ankkurit esitettiin syyttäjän näkemyksinä.⁷⁸

Tutkijat vertasivat myös rikosoikeuden asiantuntijoita muiden alojen asiantuntijoihin. Osoitautui, että asiantuntemuksella ei ollut vaikutusta siihen, missä määrin ankkuri vaikutti ratkaisuun. Asiantuntemuksella oli vaikutusta vain siihen, miten varmoja koehenkilöt olivat oman ratkaisunsa oikeellisuudesta: rikosoikeuteen erikoistuneet juristit olivat varmimpia.⁷⁹ Jäljempänä luvussa 2.3 kerrotaan, miten tietynlaisissa päätöksentekoympäristöissä toimivat

⁷⁶ English ym. (2006).

⁷⁷ English ym. (2006).

⁷⁸ English ym. (2006) s. 194.

⁷⁹ English ym. (2006) s. 189 ja 194.

asiantuntijat saattavat olla sellaisen vakaan uskomuksen vallassa, että heidän ammattitaitonsa kehittyy, vaikka itse asiassa ainoastaan heidän *käsityksensä omasta ammattitaidostaan* kehittyy, nimittäin yli-itsevarmaan suuntaan.⁸⁰

Intuitiivinen päätöksentekotapa ei siis yksinomaan sovellu rangaistuksen määräämiseen. Toisaalta mm. rangaistukseen vaikuttavien seikkojen ja myös mahdollisten seuraamusvaihtoehtojen runsaus tarkoittavat, ettei tyypin 2 prosessien kapasiteetti välttämättä ole riittävä parhaan mahdollisen suoritustason saavuttamiseksi. Onkin esitetty, että rangaistuksen määräämiseen tarvittaisiin sekä tyypin 1 että tyypin 2 prosesseja (”kvasirationaalista” päätöksentekotapaa)⁸¹. Pidän tätä melko uskottavana lähtökohtana ottamatta kantaa siihen, onko ”kvasirationaalisuus” todellinen välimallin prosessityyppi vai onko kysymys esimerkiksi vain jonkinlaisesta vuorottelusta tyyppien 1 ja 2 välillä. Ideaalinen päätöksentekoympäristö olisi sellainen, jossa päätöksentekoa on rajoitettu ja normitettu riittävästi mutta ei liikaa: jonkinlainen välimuoto vapaan harkinnan ja taulukkolaskennan väliltä.

2.6 Suomalaisen käräjätuomarin päätöksentekoympäristö

On tiedossa, että tietynlaiset päätöksentekoympäristöt edistävät hyvien intuitioiden ja ammattitaidon kehittymistä, kun taas toisenlaiset päätöksentekoympäristöt edistävät huonoja heuristiikkoja, konfabulaatiota ja yli-itsevarmuutta⁸². On siis mahdollista arvioida tuomarin päätöksenteon menetelmiä pelkästään tältä kannalta, kuten ulkomailla on tehtykin. Päätöksentekoympäristön arvioimisen kriteereitä ovat ensiksikin päätöksentekoympäristön ”validisuus” eli se, että päätösten *vaikutukset* näkyvät melko selvästi, ja toisekseen *palautteen* saaminen päätöksistä⁸³. Ongelmallinen tämän tutkimusotteen kannalta on se edellä mainittu seikka, että rikosoikeudellisilla rangaistuksilla voi olla erisuuntaisia tavoitteita, joiden keskinäisestä painoarvosta ei vallitse yksimielisyyttä. Mahdollisesti tämä on juuri eräs ei-validin ympäristön piirre.

Palautteen saamista kuitenkin voidaan eräässä suhteessa tarkastella määrällisesti. Tuomioistuimet saavat yksittäistapauksellisesti merkityksellistä palautetta lähinnä ylempien instanssien muutoksenhakuratkaisuista. Eräs kiinnostava näkökohta on, missä määrin yhdysvalta-

⁸⁰ Ks. myös Airaksinen (2014) s. 46.

⁸¹ Dhami ym. (2015) s. 244.

⁸² Kahneman & Klein (2009) sekä Dhami ym. (2015) s. 238 ja 244. Ks. myös Vrij (2004).

⁸³ Kahneman & Klein (2009).

laiset tuomioistuinpsykologiset tutkimukset ovat tältä osin yleistettävissä Suomea koskeviksi. Tässä tutkielmassa tarkastelun kohteena on rangaistuksen määrääminen, joka sekä Suomessa että Yhdysvalloissa on tuomarin päätettäväksi kuuluva asia. Yhdysvalloissa alioikeustasolla siitä päätetään yhden lainoppineen tuomarin ratkaisukokoonpanossa, Suomessa asiasta päättää sama kokoonpano kuin syyllisyydestä ja muistakin kysymyksistä eli yhdestä kahteen tuomaria yhdessä kahdesta kolmeen lautamiehen kanssa, kolme tuomaria tai yksi tuomari (oikeudenkäymiskaari 4/1734, jäljempänä OK, 2:1–2).

Yhdysvalloissa (vuodelta 2006 peräisin olevan tiedon mukaan) alioikeudet antavat noin 98 % kaikista tuomioistuinratkaisuista. Suomessa osuus ei ole yhtä suuri. Esimerkiksi rikosasioissa vuosittain annetuista ratkaisuksista käräjäoikeuksien antamia on noin 90–91 %. Ei ole tietoa, monellako näistä ratkaisuista kumottiin käräjäoikeuden ratkaisu ja monellako jätettiin voimaan.⁸⁴ Suomessa hovioikeuteen pääsyä on tosin jonkin verran hankaloitettu tuomalla monet jutut jatkokäsittelyluvan piiriin, mutta hovioikeuden tutkimisvaltaa ei ole rajoitettu sillä tavoin kuin yhdysvaltalaisen ylioikeuksien, joiden on esimerkiksi jätettävä voimaan virheellisetkin ns. harkinnanvaraiset ratkaisut (*discretionary rulings*), jos ne eivät ole suoranaisia väärinkäytöksiä. USA:n järjestelmästä onkin todettu, että alioikeusratkaisut jäävät yleensä lopullisiksi sen takia, että muutoksenhakumahdollisuus on rajoitettu, sitä käytetään harvoin ja se johtaa harvoin muutokseen.⁸⁵ Suomen järjestelmässä mahdollisuus ei ole vielä kovin rajoitettu, sitä käytetään melko usein ja hovioikeuden laajasta tutkimisvallastakin voi päätellä, ettei kumoaminen liene kovin harvinaista. Suomessa käsittely ylioikeudessa ulottuu kaikkeen, mitä alempanakin on käsitelty, ja ylioikeuksien harkintavaltaa rajoittaa lähinnä *reformatio in peius* -kielto.

Ylioikeuden ratkaisut, jos alioikeustuomari seuraa niitä, toimivat kylläkin hänelle ilman muuta palautteena. Tämä palaute on vain hyvin hidasta ja epäsäännöllistä verrattuna sellaiseen palautteeseen, jota saavat esimerkiksi fyysikot, ”karjatuomarit”, kirjanpitäjät, koelentäjät ja šakkimestarit. Nämä ovat esimerkkejä ammateista, joiden harjoittajilla tutkitusti on

⁸⁴ Guthrie ym. (2007) alaviitteet 14–18. Suomea koskeva tieto on laskettu Tilastokeskuksen luvuista, joiden mukaan vuonna 2013 ratkaistiin käräjäoikeuksissa 60 720 rikosasiaa, hovioikeuksissa 6100 ja KKO:ssa joitakin kymmeniä (asiaratkaisuja yhteensä oli 153). KKO antaa vuosittain yli 2000 ratkaisua, joista kuitenkin valitusluparatkaisuja ei kuulu pitää minkäänsuuntaisena palautteena alemman instanssin ratkaisuksista. Alioikeusratkaisujen osuus kaikista on pysynyt melko muuttumattomana 2010-luvun ajan.

⁸⁵ Guthrie ym. (2007) alaviite 16 ja s. 4–5.

intuitiivista ammattitaitoa⁸⁶. Suomalainen tuomari ei todennäköisesti kuulu tähän kategori-
aan, vaikka hänen ratkaisujaan muutettaisiinkin useammin ylemmässä instanssissa kuin yh-
dysvaltalaisen tuomarin ratkaisuja. Esimerkiksi *civil law* -maa Saksan tuomareille tehdyissä
kokeellisissa tutkimuksissa on saatu aivan samansuuntaisia tuloksia kuin Yhdysvalloissa⁸⁷.

Edellä todettiin, että yhdysvaltalainen tuomari pystyi välttämään jälkiviisausharhan vaiku-
tukset tietynlaisissa tapauksissa, joissa hänen tuli soveltaa erityisen yksityiskohtaisia oikeus-
sääntöjä. Todennäköisesti sovellettavien sääntöjen yksityiskohtaisuus ylipäänsä lisää ana-
lyyttisen päätöksenteon osuutta ja pienentää intuitiivisen päätöksenteon osuutta, ainakin jos
noista säännöistä selviää, mitä kriteereitä päätöksenteossa tulee ottaa huomioon⁸⁸. *Intuitive-
override*-mallissa tämä tarkoittaisi, että ensikätinen intuitiivinen päätös tulee useammin ku-
motuksi. Voi olla, että kotimaisen *normiston* runsaus ja yksityiskohtaisuus lisäävät käräjä-
tuomarin päätöksenteon analyttisyyttä ainakin verrattuna yhdysvaltalaisessa tai muussa
common law -oikeusjärjestelmässä ja väljemmässä sääntely-ympäristössä toimivaan ran-
gaistuksen määrääjään. Rangaistuksen määrääjän työtä on Suomessa normitettu yhä enem-
män antamalla mittaamisprejudikaatteja, joista törkeän pahoinpitelyn osalta kerrotaan lu-
vussa 3.3. Prosessoitavan *informaation* (huomioon otettavien teon ja tekijän piirteiden) run-
saus sitä vastoin edistää nimenomaan intuitiivisuutta, kuten aiemmin on todettu. Vaikka ran-
gaistuksen määrääminen on kotimaassa jokseenkin säänneltyä, sitä ei silti ole Englannin ja
monien yhdysvaltalaisen järjestelmien tavoin ainakaan vielä systemaattisesti pilkottu osa-
ratkaisuiksi, joista kussakin käsiteltäisiin hallittava määrä informaatiota.

Karkeasti voidaan todeta, että *civil law* -maissa säädännäistä oikeutta on paljon ja siinä on
pyritty jonkinlaiseen kattavuuteen. Tuomarintyö tällaisissa maissa on useammin yksityis-
kohtaisten oikeussääntöjen soveltamista kuin väljempien (Posnerin termein) ”oikeusstandar-
dien” soveltamista ja kehittämistä⁸⁹. Rangaistuksen määräämisen erityispiirre kuitenkin on,
että myös Suomen kaltaisissa *civil law* -maissa sitä ohjaavat enintään väljät, oikeuskäytän-
nössä kehitetyt standardit⁹⁰. Nämä voivat olla myös väljempää kuin *common law* -maissa:

⁸⁶ Kahneman & Klein (2009) s. 522 viitaten tutkimukseen Shanteau J. (1992) Competence in experts: The role of task characteristics. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 53, s. 252–262, ja Shan-
teau (2015) s. 171.

⁸⁷ Englich ym. (2006). Vrt. esim. Guthrie ym. (2005) s. 19–21.

⁸⁸ Shanteau (2015) s. 172: ”*Experts agree on cues*” hyvän suoritustason kriteerinä asiantuntijapäätöksente-
ossa.

⁸⁹ Posner (2008) s. 129–134.

⁹⁰ Ks. Posner (2008) s. 178–179 siitä, millä tavoin *United States Sentencing Guidelines* on muuttanut rangais-
tuksen määräämistä Yhdysvaltojen liittovaltion tuomioistuimissa sääntöjen ohjaamaan suuntaan. Suomessa
rattijuopumusten ja huumausainerikosten rangaistuksen mittaamiseen on luotu oikeuskäytäntöön perustuvia
taulukkoja, joiden johdosta mittaamisesta on tullut kaavamaisempaa näissä rikoslajeissa.

Yhdysvalloissa mm. liittovaltion tuomioistuimet määräävät rangaistuksia hyvin tiukassa sääntelykehikossa⁹¹. Tarkoitus ei ole väittää, ettei suomalainen tuomari joutuisi *kiperissä tapauksissa* turvautumaan prejudikaatteihin ja esimerkiksi oikeusperiaatteisiin myös muunlaisissa soveltamisratkaisuisaan kuin mittaamisratkaisussa. Mittaamisessa kuitenkin sekä kiperä tapaus että rutiinitapaus ratkaistaan kotimaassa väljien standardien pohjalta, ja lakiteksti on pelkästään päätöksenteon lähtökohta; silloin suomalainen tuomari toimii paljon enemmän oikeutta luovan *common law* -tuomarin tavoin kuin useimmissa muissa eteensä tulevilla soveltamistilanteissa.

Tuomarin päätöksentekoympäristö ei kotimaisessakaan järjestelmässä ole niin validi, että voitaisiin luottaa intuitioiden kehittymiseen. Tämä on tyypillistä ammattiteille, joissa arvioidaan vaikeasti ennustettavaa behavioraalista järjestelmää eikä fyysikaalisen järjestelmää kuten meteorologin tai fyysikon ammatissa⁹². Toiselta puolen intuitioiden käyttö on suomalaisessa järjestelmässä melkein pakollista sen takia, että rangaistuksen määrääminen näyttyy melko pitkälti yhtenä suurena päätöksenteko-ongelmana⁹³. Tällainen monimutkainen ongelma, jossa prosessoitavaa informaatiota ja mahdollisia ratkaisuvaihtoehtoja on paljon, on todetuin tavoin sellainen, jonka ratkaisemiseen tyypin 1 prosessit soveltuvat paremmin kuin tyypin 2 prosessit.

Suomalaisessa järjestelmässä rangaistuksen määrääminen on tavallaan melko pitkälle ohjeistettua mutta ei niin yksityiskohtaisesti, ettei jäisi sijaa myös tuomarin vapaalle harkinnalle. Laissa on yleisluontoisesti annettu huomioon otettavat näkökohdat ja normitettu päätöksentekojärjestystä, mutta esim. mittaamiseen ei ole useimmissa rikostyypeissä taulukoita, joiden keinoin konkreettinen tapaus ”paikantuisi” edes ohjeellisesti jollekin rangaistusasteikon osalle. Tuomarien odotetaan kuitenkin ratkaisevan tapaukset aikaisemman oikeuskäytännön mukaisesti hyödyntäen vastaavanlaisissa tapauksissa (viitetapauksissa) annettuja ennakkoratkaisuja.

Rangaistuksen määrääminen on myös perusteltava, mikä siis saattaa edistää tyypin 2 prosessien käyttöä, elleivät perustelemissa ole kysymys pelkästään ratkaisuun vaikuttamattomasta rationalisoinnista. Perustelujen avoimuus ja *pro et contra* -luonteisuus nähdäkseni on

⁹¹ Dhami ym. (2015) s. 242–243 ja Posner (2008) s. 178–179. *United States Sentencing Guidelines* kylläkin muuttui suositukseksi erään Yhdysvaltain korkeimman oikeuden ratkaisun jälkeen, mutta se on edelleen käytössä, ja monessa osavaltiossa kuten Minnesotassa on vastaavanlainen järjestely, joko velvoittava tai suositusluonteinen.

⁹² Shanteau (2015) s. 171–172.

⁹³ Shanteau (2015) s. 172: ”*Problem decomposition*” hyvän suoritustason kriteerinä asiantuntijapäätöksenteossa.

omiaan paljastamaan väärän ratkaisun vääräksi sillä tavoin, että tällaisten perustelujen, päinvastoin kuin ylimalkaisten näennäisperustelujen, voisi odottaa vaikuttavan tarvittaessa myös itse ratkaisun sisältöön. Perustellaanko ratkaisuja tuomioistuintodellisuudessa avoimesti, konkretisoivasti ja analyttisesti, on toinen kysymys ja korostuneesti empiirinen kysymys.

3 Rangaistuksen määräämisen perusteleminen

3.1 Rangaistuksen määräämisen ja mittaamisen oikeusnormit

Rangaistuksen määräämisestä on säädetty RL 6 luvussa. Ensimmäinen lähtökohta rangaistuksen määräämisessä on syyksi luettavan rikoksen rangaistusasteikon noudattaminen (RL 6:2). Rangaistusasteikosta poikkeaminen tuomiossa täyttäneen (tuottamuksellisen) virkavelvollisuuden rikkomisen (RL 40:9–10) tunnusmerkit paitsi tilanteissa, joissa sovelletaan RL 6:8:n mukaista lievennettyä rangaistusasteikkoa. Itse asteikko kuitenkin osoittaa vain ratkaisun sallitut rajat⁹⁴. RL 6:3:n nojalla rangaistusta määrättäessä on otettava huomioon kaikki lain mukaan rangaistuksen määrään ja lajiin vaikuttavat perusteet sekä rangaistuskäytännön yhtenäisyys.

RL 6:4:n mukaan rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttamiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen. Tämä rangaistuksen mittaamisen yleisperiaate on hyvin joustava ja väljä, joten se yhtäältä soveltuu kaikenlaisiin rikoksiin, mutta toisaalta tuo korkea abstraktiotaso myös tarkoittaa, että RL 6:4:n soveltamistilanteissa on siinä säädettyjä kriteereitä välttämätöntä konkretisoida. Rangaistuksen mittaamisen normittaminen onkin suurelta osin lainopin ja oikeuskäytännön varassa. Myös yksittäisen tuomarin harkinnalle on ollut tarkoitus jättää jokin osuus, mihin viittaa erityisesti sana ”oikeudenmukainen”. Erikseen on säädetty rangaistuksen lieventämisestä ja koventamisesta sekä jo mainitusta lievennetyn rangaistusasteikon käytöstä.

Valinnasta ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä on puolestaan säädetty RL 6:9:ssä, jonka mukaan määräaikainen, enintään kahden vuoden vankeusrangaistus voidaan määrätä ehdolliseksi (ehdollinen vankeus), jollei rikoksen vakavuus, rikoksesta ilmenevä tekijän syyllisyys tai tekijän aikaisempi rikollisuus edellytä ehdottomaan vankeuteen tuomitsemista.

⁹⁴ Lappi-Seppälä (1987) s. 529.

Vertaamalla RL 6:4:ää ja 6:9:ää toisiinsa havaitaan, että tekijän aikaisempi rikollisuus on keskeinen peruste ehdollisuudesta tai ehdottomuudesta päätettäessä, mutta ei niinkään mittaamisesta päätettäessä⁹⁵. Rikostausta vaikuttaa silti myös mittaamiseen, nimittäin RL 6:5.1 5 kohdan koventamisperusteen kautta. Mittaamisen ja vankeuslajin valinnan perusteet ovat siis lähinnä samat, ja lain esitöissä todetaankin: ”Siltä osin kuin lajinvalinta on valintaa ankaruudeltaan toisistaan poikkeavien lajien välillä, tulevat siinä noudatettaviksi yleiset rangaistuksen mittaamisperusteet.”⁹⁶

Aiemman rikollisuuden kriteeri käytännössä jossakin määrin korostuu ehdollisuudesta tai ehdottomuudesta päätettäessä mahdollisesti sen vuoksi, että muut kaksi RL 6:9:n kriteeriä on otettu huomioon jo mittaamisratkaisussa. Joka tapauksessa tyypillinen perusteluilmaus vankeusrangaistuksen ehdollisena tuomitsemiselle on esimerkiksi: ”A:ta ei ole aikaisemmin tuomittu vankeusrangaistukseen. Tämän vuoksi vankeusrangaistus määrätään ehdolliseksi.” (Hyvinkään käräjäoikeus.) Myös seuraavanlainen sanamuoto on tavallinen: ”A:ta ei ole aikaisemmin rikoksista rekisteröity. Estettä vankeusrangaistuksen määräämiseen ehdollisena ei ole.” (Pohjois-Savon käräjäoikeus.)

Tyypillisesti ehdottomina tuomitaan pitkiä vankeusrangaistuksia. Tämä selittyy ensiksikin RL 6:9:ssä asetetulla 2 vuoden rajalla. Toiseksi jos rikoksessa on ollut niin vakavia piirteitä, että siitä on täytynyt tuomita pitkätkö vankeusrangaistus, samat piirteet siis joka tapauksessa puoltavat myös tuomion ehdottomuutta⁹⁷. Käytännössä hyvin lyhyitä vankeusrangaistuksia harvoin tuomitaan ehdottomina. Silloin kun näin kuitenkin tehdään, sitä ei selittäne mikään muu seikka kuin tekijän rikostausta. Seuraamusasteikot ovat Suomessa melko laajoja, ja törkeä tekemuoto on monesti kriminalisoitu erikseen, joten vähintäänkin lienee harvinainen sellainen kattoefekti, jonka johdosta jouduttaisiin joskus tuomitsemaan vakavasta rikoksesta lyhyt vankeusrangaistus ja sitten määräämään se ehdottomaksi.

⁹⁵ Rikostausta voi vaikuttaa mittaamisen yleisperiaatteen nojalla, jos katsotaan uusimisen voivan sisältyä ’rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen’. Tällöinkin se olisi vain yksi monista kriteereistä. Kysymys ei ole tässä kohti tekijän syyllisyydestä, ja vaikuttaakseen mittaamiseen täytyy syyllisyyden lain sanamuodon mukaisesti ilmetä tuomittavana olevasta rikoksesta (HE 44/2002 vp s. 188–189). Vrt. Foucault (1978).

⁹⁶ HE 44/2002 vp s. 199.

⁹⁷ HE 177/2000 vp s. 18: ”Mitä pitempi rangaistus olisi, sitä vähäisemmät olisivat mahdollisuudet ehdollisen vankeusrangaistuksen käyttöön.” Lappi-Seppälä, teoksessa Rikosoikeus (2009) s. 112: ”Tämä ehdollisuus-presumptio kuitenkin kääntyy, kun lähestytään kahden vuoden rajaa.”

Kotimaisen lainopillisen ajattelun mukaan rangaistuksen mittaamisessa tulisi noudattaa niin sanottua normaalirangaistusajattelua. RL:n uudistuksen esitöissä on todettu⁹⁸: ”Tämän mukaisesti normaalirikoksesta olisi tuomittava normaalirangaistus, jollei ole syytä poiketa tuosta normaalirangaistuksesta suuntaan tai toiseen. Normaalirangaistusajattelulla pyritään tarjoamaan mittaamiselle konkreettinen lähtökohta ja kiintopiste, joka haettaisiin oikeuskäytännöstä.” Toisin sanoen lainsäätäjän on tarkoittanut, että tuomitsemisen lähtökohta olisi joka kerta normaalirangaistus⁹⁹. Muitakin käytännössä mahdollisia lähtökohtia on olemassa, ja luvussa 2.2 on keskusteltu siitä, miten tuomitsemisen lähtökohta psykologisessa todellisuudessa määräytyy.

Jos lähtökohta olisikin joskus käytännössä normaalirangaistuksen sijaan esimerkiksi syyttäjän rangaistusvaatimus, voidaan normaalirangaistusajattelua joka tapauksessa seurata vertaamalla tuomittavana olevaa tekoa ns. normaalirikokseen tai jonkinlaiseen tyyppitilanteeseen¹⁰⁰. Tässä apuna tuomari voi esitöiden mukaan käyttää tilastotietoa, mikä nähdäkseni onkin parempi vaihtoehto kuin arvio oman kokemuksen pohjalta, sillä ensiksikin itse ns. *otoksessa* voi viimeksi mainitussa tapauksessa olla systemaattinen virhe ja toisekseenkin ihmisen *tilastollisista jakaumista tekemissä arvioissa* vielä varmemmin on systemaattisia virheitä¹⁰¹.

Myös ennakkoratkaisuja voi hyödyntää normaalirangaistustason kartoittamisessa sikäli, kun puolestaan niiden lähteenä on käytetty tilastotietoa rangaistustasoista. Ennakkoratkaisun pitää tällöin olla vertailukelpoinen tuomittavaan rikokseen nähden ja/tai ennakkoratkaisuja kyseisestä rikoksesta pitää olla käytettävissä riittävän monia. Sellainen ennakkoratkaisu, joka on annettu vakavuusasteeltaan tuomittavasta teosta poikkeavassa tapauksessa, voi olla hyödyllinen siinä kuin yhtä vakavassakin tapauksessa annettu ennakkoratkaisu. Tämä edellyttää kuitenkin, ettei esimerkiksi tekotavan erilaisuus tai muu seikka tee vertailua ylipäänsä mahdolltomaksi.

⁹⁸ HE 44/2002 vp, s. 187. Ks. myös esim. Melander (2011) s. 192–193.

⁹⁹ Ks. myös Lappi-Seppälä, teoksessa Rikosoikeus (2009) s. 134–136.

¹⁰⁰ HE 44/2002 vp, s. 187.

¹⁰¹ Ks. esim. Evans & Over (1996) s. 97–103.

3.2 Tuleeko ensin päättää vankeusrangaistuksen kestosta vai ehdollisuudesta

Tässä alaluvussa kuvataan vankeusrangaistusta koskevan päätöksenteon järjestyksen ideaalia – ei todellisuutta – oikeusnormien ja -kirjallisuuden pohjalta. Lain mukaan vankeusrangaistuksen mittaamisratkaisu siis edeltää tarkempaa vankeuslajin valintaa ehdollisen ja ehdottoman välillä. Tämä käy selville itse lain tekstistä RL 6:9.1:ssa, jonka mukaan ehdollisuudesta tai ehdottomuudesta päättämisen lähtökohta näkyy olevan tieto siitä, onko rangaistuksen kesto yli 2 vuotta vai ei: vankeuslajiharkinta käynnistyy vain niissä tapauksissa, joissa rangaistus ei ylitä kahta vuotta. Tulkintani mukaan myös esitöissä on noudatettu samaa oletusta, että vankeusrangaistuksen kestosta päätetään ensin, vaikkei näin olekaan esityölausumissa suoraan todettu¹⁰².

Virolaisen & Martikaisen mukaan ensimmäinen vaihe rangaistuksen määräämisessä on rangaistusasteikon vahvistaminen (sis. lieventämisperusteen johdosta asteikon alentaminen t. yhteisen rangaistuksen tapauksessa korotus). Tämä onkin varsin ongelmattonta, mutta seuraava vaihe heidän mukaansa on rangaistuslajin valinta (RL 6:9–11). Vasta sen jälkeen tulisi mittaaminen eli rangaistuksen määrällinen vahvistaminen (RL 6:4–6). He sanovat nimenomaan, että järjestys on tämä, vaikka lainsäätäjä todetuin tavoin näkyy olevan sillä kannalla, että vankeusrangaistuksen kestosta päätetään ennen ehdollisuus–ehdottomuusratkaisua (ks. myös ennakkoratkaisua KKO 2014:87, perustelujen kohdat 30–32).¹⁰³

RL 6:9.1:ssa asetettu enimmäisrangaistus edellyttäisi siis Virolaisen & Martikaisen päätöksentekoketjussa taaksepäin palaamista niissä tapauksissa, joissa on ensin päätetty ehdollisesta vankeudesta ja sen jälkeen mitattu vankeuden kestoksi yli kaksi vuotta. Jos näin ei tosiasiassa koskaan käy, se kertoisi siitä, että päätös ehdollisesta vankeudesta rajoittaa mittaamisratkaisua. Tämä vaihtoehto ei ole suotava, sillä lainsäätäjä on halunnut sulkea ehdollisen vankeuden pois niissä tapauksissa, joissa syyllisyys ynnä muut teonpiirteet edellyttävät yli 2 vuoden vankeusrangaistusta. Joka tapauksessa rangaistuslajin valinta vankeusrangaistustapauksissa on kirjoittajien mukaan erityisen tärkeä, koska lopputuloksissa on niin suuri

¹⁰² HE 44/2002 vp, s. 205: ”Kun laki asettaa ylärajan ehdollisen vankeuden käytölle, tämä merkitsee myös sitä, että mitä pitempi tuomittava rangaistus on, sitä vähäisemmät ovat mahdollisuudet ehdollisen vankeusrangaistuksen käyttöön. Ehdollisen vankeusrangaistuksen sovellettavuus siis heikkenee rikoksen törkeyden ja rangaistuksen pituuden kasvaessa. Kahden vuoden ylärajaa lähestyvissä rangaistuksissa oletuksen voi katsoa jo kääntyneen päinvastaiseksi.” Jos vankeuslajia on tarkoitus harkita tällä tavoin, tuomarin täytyy ensin tehdä mittaamista koskeva osaratkaisu ainakin alustavasti.

¹⁰³ Virolainen & Martikainen (2010) s. 484–485.

ero tuomitun kannalta. Virolainen & Martikainen tosin eivät erityisesti perustele väitettään, joten voi olla, että kyseessä on pelkkä erehdys.

Perusteluihin valittu *esitysjärjestys* siitä, onko mittaaminen edeltänyt lopullista lajinvalintaa vai päinvastoin, on nähdäkseni oikeusjärjestelmän koherenssin, rikoksesta tuomittavan henkilön oikeusturvan ja kriminaalipoliittisten näkökohtien kannalta yhdenmukainen. Sen sijaan itse *päätöksenteon järjestys* voi olla hyvinkin merkityksellinen. Lappi-Seppälä on todennut: ”Niin kauan kuin perusteilla, joiden nojalla rangaistuksen pituus määrätään ei ole mitään tekemistä lajin kannalta, eikä rangaistuksen lajilla ole mitään merkitystä määrää koskevien perusteiden tulkinnan ja merkityksen kannalta, on samantekevää missä järjestyksessä päätökset tehdään. Jos osaratkaisut ovat yhteisten perusteiden kautta toisiinsa sidoksissa, tilanne on toinen.”¹⁰⁴ Tuohon aikaan oli voimassa laki ehdollisesta rangaistuksesta (135/1976), jonka 1.2 §:ssä säädettiin, että vankeusrangaistus voidaan määrätä ehdolliseksi, jollei yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaadi rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana. Nykyisin kun teonpiirteiden tulee RL 6:9:n nojalla vaikuttaa myös vankeuslajin valintaan, osaratkaisussa on jo säännösten perusteella otettava huomioon samoja asioita.

Lajinvalinnan tekeminen ensin olisi sikäli perusteltua, että se on erittäin oleellinen vaihe tuomitun kannalta: siinä ratkaistaan kysymys vankilaan joutumisesta. Vankeusrangaistuksen kesto – etenkin ehdollisen vankeusrangaistuksen kesto – ei ole läheskään yhtä merkityksellinen rangaistuksen aspekti kuin se, saako tuomittu ylipäänsä jäädä vapauteen vai ei. Erot tuomitun vankeuden kestossa eivät tunnu ehdollisessa ja ehdottomassa vankeudessa samalta, eikä ole selvää, onko ehdollisena tuomitun vankeusrangaistuksen kesto vai koeajan kesto vaikuttavampi ns. erityisestävyyden kannalta. Koeajan kesto ratkaisee, kuinka pitkään täytäntöönpanon riski on olemassa, kun taas rangaistuksen kesto merkitsee potentiaalisesti toteutuvan riskin suuruutta¹⁰⁵.

Juuri ehdollisen ja ehdottoman vankeuden tavattoman suuren ankaruuseron lähtökohdista onkin ehdotettu, että rangaistuksen määräämisestä päättämisen ”prosessi aloitetaan päätöksistä, joilla on suurin relevanssi itse lopputuloksen ja myöhempien ratkaisujen kannalta”, eli lajinvalinta tehtäisiin ensin. Tällä tavoin mittaamisvaiheessa tiedettäisiin, mitä tosiasia

¹⁰⁴ Lappi-Seppälä (1987) s. 603–604.

¹⁰⁵ Talebin (2012) s. 259–260 mukaan pelotevaikutus yleensä ottaen käyttäytymisessä on riskitapahtuman amplitudilla, ei todennäköisyydellä, mutta toisensuuntaisiakin argumentteja voidaan esittää.

mitataan: vankeuspäiviä vai huomattavasti vähemmän kouraantuntuvia ehdollisen vankeusrangaistuksen vankeuspäiviä, joita luonnehtisin lähinnä potentiaalisiksi vankeuspäiviksi. Lajinvalinnasta tehtävän ratkaisun kuuluisikin vaikuttaa mittaamisratkaisuun.¹⁰⁶

Lappi-Seppälän mukaan tällaisen *lajitietoisien mittaamisen* ongelma liittyy ehdollisen vankeusrangaistuksen täytäntöönpanoon: ”Jos vankeus on mitattu alun alkaen pitäen silmällä ehdollisten vankeuspäivien sanktioarvoa, joudutaan kiistatta epäoikeudenmukaiseen lopputulokseen, mikäli tuo rangaistus muutetaan uusien rikosten sattuessa ja lykkääntymisetu menetettäessä samanmittaiseksi ehdottomaksi vankeudeksi.”¹⁰⁷ Ehdollisena tuomitusta rangaistuksesta pitäisi voida tuomita vain osa täytäntöön pantavaksi, minkä nykyinen laki (RL 2b:5.2) sallii. Osittainen täytäntöönpano tuli mahdolliseksi vuonna 1991¹⁰⁸. Toisin sanoen jotta lajinvalinnasta voitaisiin ryhtyä päättämään ennen mittaamista koskevaa osaratkaisua, ei tarvittaisi enää ehdollisen vankeusrangaistuksen täytäntöönpanoa koskevaa lainuudistusta, vaan uusi menettely voitaisiin täytäntöönpanotilanteissa ottaa huomioon soveltamalla RL 2b:5.2:a.

Lajitietoisien mittaamisen järjestelmässä muutoksenhaku ei johtaisi niin suuriin heilahduksiin seuraamuksen ns. rangaistusarvolla mitattuna. Hovioikeus voisi tällöin käräjäoikeuden tuomitsemaa rangaistuslajia muuttaessaan muuttaa myös vankeuspäivien määrää sillä tavoin, ettei lopputulos muuttuisi niin paljon kuin pitkähkön vankeusrangaistuksen lajin muuttamisessa sen kestoja muuttamatta.¹⁰⁹

Lappi-Seppälän teoksen jälkeen tehtyjen säädösmuutosten johdosta on huomautettava, että nykyisin ylioikeus joutuneekin lain nojalla muuttamaan yleensä myös kestoja silloin, kun se muuttaa rangaistuslajia arvioituaan *rikoksen vakavuutta* tai *rikoksesta ilmenevää tekijän syyllisyyttä* eri tavoin kuin alempi tuomioistuin; myös alkuperäistä mittaamisratkaisua täytynee nimittäin näissä tapauksissa korjata, koska sen on tullut perustua alioikeuden arvioon juuri teon vakavuudesta. Viittaan siis siihen jo mainittuun asiaan, että RL 6:9:ssä mainitut lajinvalinnan kriteerit vaikuttavat myös mittaamiseen. Rangaistuksen liian radikaalin muuttamisen ongelma ei ole silti poistunut niin kauan kuin ehdottoman ja ehdollisen vankeusrangaistuksen välillä on joka tapauksessa suuri ankaruusharppaus.

¹⁰⁶ Lappi-Seppälä (1987) s. 604.

¹⁰⁷ Lappi-Seppälä (1987) s. 605.

¹⁰⁸ HE 177/2000 vp s. 22.

¹⁰⁹ Lappi-Seppälä (1987) s. 606.

Nykyinen malli ei ole välttämättä kovin ongelmallinen suhteellisuusperiaatteen kannalta. Jos rangaistukset mitataan silmällä pitäen ehdotonta vankeutta – ja näin pitäisi nähdäkseni tehdä –, tällöin ongelma suhteellisuusperiaatteen kannalta on lähinnä siinä, että rangaistukset ehdollisena tuomittuina ovat systemaattisesti liian lieviä. Tuomitun kannalta uhkaavan vankeusrangaistuksen täsmällinen kesto voi kuitenkin olla paljon epäolennaisempi asia kuin itse uhan kesto. Voisi siis olla käytännössä vaikutuksetonta hienosäätöä mitata ehdolliset vankeusrangaistukset omanpituisikseen vain rangaistusarvon nimissä. Tuomioistuimille siitä tulisi lisätyötä ottaen myös huomioon, että täytäntöönpanon yhteydessä pitäisi joka kerta tehdä muuntamisratkaisu toiseen suuntaan (ennen yhteisen rangaistuksen mittaamista). Jotakin arvoa lienee silläkin, että ehdollisen tuomion saanut henkilö tietää yllleen langetetun uhan sisällön – joskaan aivan konkreettisesti hän ei sitä nykyäänkään tiedä tuntematta yhteisen rangaistuksen mittaamista ja ehdonalaista vapauttamista koskevaa sääntelyä.

3.3 Rangaistuksen mittaaminen erityisesti törkeästä pahoinpitelystä

Tässä alaluvussa tarkastellaan, millaisin perusteita nimenomaan törkeästä pahoinpitelystä tuomittavaa rangaistusta mitatessa olisi säännösten ja oikeuskäytännön valossa tarkoitus soveltaa. Törkeän pahoinpitelyn rangaistusasteikko, 1–10 vuotta vankeutta, on hyvin laaja¹¹⁰. Tekojen vahingollisuus, vaarallisuus ja muut piirteet vaihtelevat varsin paljon. Myös teko-tavoissa on erityistä kirjavuutta, mikä on rangaistuksen mittaamista ja sen prejudikaatiohjausta hankaloittava tekijä, sillä pelkästään erilaisia ”tyyppirikoksia” on runsaasti. Esim. keskivartaloon puukottamalla tehty teko voi tapauksesta riippuen olla yhtä vaarallinen ja muutoinkin samantasoisesti rangaistava kuin päähän potkimalla toteutettu teko. Näistä syistä normaalirangaistusajattelun (ks. lukua 2.1) soveltaminen on käytännössä monimutkaista, eikä tieto keskirangaistuksesta itsessään ole yksittäisessä mittaamistilanteessa kovin hyödyllinen, vaan tarvittaisiin tilastotietoja erilaisista tyyppirikoksista¹¹¹. Myös prejudikaattien hyöty on rajallinen samasta syystä, mutta kulloinkin käsillä olevaa tekomuotoa koskeva mit-

¹¹⁰ HE 94/1993 vp: ”Rikoksen nykyinen rangaistusasteikko on laaja eikä noudata tyyppiasteikkoa.”

¹¹¹ Melander (2011) s. 193–194 korostaa myös normaalirangaistusajattelun joustavaa soveltamista ja sitä, että rangaistuskäytännön yhtenäisyys on vain yksi peruste muiden joukossa. Esim. seksuaalirikoksista kuten raiskauksesta on Ojala (2014) tehnyt oikeuskäytännön pohjalta luokitteluja siitä, mitä rangaistusasteikon osaa on tavattu käyttää minkäkin tekemuodon kohdalla. Freiberg & Krasnostein (2011) s. 15 mainitsevat, että rangaistustilastot ovat vähiten hyödyllisiä rikoslajeissa, joissa tapausten kesken on suurta vaihtelua, esim. ”wounding or grievous bodily harm with intent”. Tyyppirikosajattelun soveltamisesta varkaustyyppisiin ks. Tapani & Tolvanen (2011) s. 24–25.

taamisprejudikaatti lienee silti informatiivisempi lähtökohta kuin läpinäkymätön keskirangaistustieto. Väkivaltarikosten rangaistuksen mittaamisessa ei ehkä ole uhkana samanlainen kaavamaisuus kuin mm. huumausainerikoksissa, mutta varottava on esimerkiksi keskirangaistukseen tai prejudikaattiin ankkuroitumista ennen kuin on varmistuttu, että tuomittavana oleva teko oikeasti on keskirangaistusalueelle soveltuva tyyppirikos tai tosiseikoiltaan olennaisesti prejudikaatin tapausta vastaava.¹¹²

Törkeän pahoinpitelyn vähimmäisrangaistus korotettiin 6 kuukaudesta 1 vuoteen vankeutta vuonna 2001 (13.7.2001/654). Lain esitöissä 6 kuukauden rangaistusta pidettiin lyhyenä teon moitittavuuteen nähden ja uuden asteikon katsottiin paremman vastaavan yhteiskunnan suhtautumista törkeisiin pahoinpitelyihin¹¹³. Esitöissä myös kiinnitettiin huomiota siihen, ettei uudistuksen tarkoituksena ollut muuttaa pahoinpitelyn ja törkeän pahoinpitelyn välistä rajanvetoa¹¹⁴. Lainsäätäjällä oli tiedossa, että huomattava osa törkeästä pahoinpitelystä tuomituista rangaistuksista oli lähellä minimiä¹¹⁵. Lakiesityksen siis tiedettiin normaalirangaistustason kohoamisen kautta johtavan huomattavaan muutokseen törkeistä pahoinpitelyistä tuomittavissa rangaistuksissa¹¹⁶.

Raiskausten kohdalla on lainopissa yritetty luokitella tekoja rangaistusteikon eri intervalleille¹¹⁷. Toki sama voisi onnistua ratkaisutoimintaa hyödyttävällä tavalla myös väkivaltarikoksissa, mutta tekotapojen lukumäärän takia kaikki tavalliset tekomuodot kattavasta taksonomiasta tulisi luultavasti sangen monimutkainen. Jokaiselle rangaistusasteikon intervallille kuuluisi useita tekomuodoiltaan erilaisia mutta siis moitittavuudeltaan samanlaisia tyyppirikoksia.

Törkeästä pahoinpitelystä tuomittavien ehdottomien vankeusrangaistusten keskipituus on 1,5–2 vuotta ja ehdollisten rangaistusten keskipituus hieman yli vuosi¹¹⁸. Valtaosa rangaistuksista mitataan yleensäkin asteikkojen alapäästä, koska lievimmät teot ovat yleisimpiä. Törkeiden tekojen rangaistukset voivat painottua alapäähän tavallistakin enemmän, koska niissä jo syyksi lukeminen on edellyttänyt raskauttavien tunnusmerkistötekijöiden täyttymistä. Toisaalta perusmuotoisten tekojen rangaistusjakauman yläpäästä keventää kaiken järjen mukaan myös se, että vakavimmat teot rangaistaan törkeinä. Sama koskee törkeitäkin

¹¹² Tyyppirikos ja -rangaistusajattelusta yleisemmin Tapani & Tolvanen (2011) s. 22–28.

¹¹³ HE 213/2000 vp s. 4 ja 14.

¹¹⁴ HE 213/2000 vp s. 15 ja LaVM 13/2001.

¹¹⁵ HE 213/2000 vp s. 14 ja LaVM 13/2001.

¹¹⁶ Ks. myös HE 213/2000 s. 4 ja LaVM 13/2001.

¹¹⁷ Ojala (2014) s. 145–151.

¹¹⁸ Lappi-Seppälä & Niemi, teoksessa *Seuraamusjärjestelmä* (2014) s. 86.

pahoinpitelyitä siinä suhteessa, että törkeimmät niistä puolestaan lähestyvät helposti tapon yrityksen tunnusmerkistöä¹¹⁹. Törkeiden pahoinpitelyjen tapauksessa suurin osa rangaistuksista sijoittuu joka tapauksessa asteikon alimpaan neljännekseen (KKO 2008:85, perustelujen kohta 6).

Kuten ennakkoratkaisussa KKO 2008:85 on todettu, moitittavuudeltaan erityisen törkeitä pahoinpitelyitä esiintyy varsin vähän. Kyseisen ennakkoratkaisun arvo onkin nähdäkseni juuri siinä, että se ohjaa tunnistamaan näitä erityisen törkeitä tekoja ja mittaamaan niiden rangaistukset tyyppirangaistusalueen yläpuolelta.

KKO:2008:85

Pahoinpitely - Törkeä pahoinpitely

Rangaistuksen määrääminen - Rangaistuksen mittaaminen

Kysymys rangaistuksen mittaamisesta törkeästä pahoinpitelystä. (Ään.)

Hovioikeus oli tuominnut vastaajan erittäin pitkään 6 vuoden 6 kuukauden vankeusrangaistukseen aivovamman aiheuttaneesta päähän potkimisesta. Vaikka uhri ei kuollut eikä teko täyttänyt myöskään tapon yrityksen tunnusmerkkejä, korkeaan rangaistukseen vaikutti erityisesti teolla aiheutettu vakava hengenvaara: uhri jäi eloon vain satunnaisista syistä. KKO jätti tuomion voimaan äänestyksen jälkeen. Vähemmistöön jäänyt jaoston puheenjohtaja olisi mitannut rangaistukseksi 5 vuotta vankeutta. Rangaistuksen pitkän keston takia ei siis myöskään tämän tutkielman kannalta relevantti lajinvalintakysymys varsinaisesti aktualisoitunut, vaan ehdottomuus määräytyi keston perusteella.

Mittaamisprejudikaatit eivät ole kovin yleisiä, ja KKO 2008:85 oli selvitykseni perusteella ensimmäinen varsinaisesti törkeän pahoinpitelyn rangaistuksen mittaamista ohjaava prejudikaatti. KKO:nkaan mittaamisperustelut eivät aina ole olleet kovin informatiivisia. Esimerkiksi varhaisemmassa ratkaisussa KKO 2005:134, jossa tosin oli käsillä törkeä pahoinpitely mutta prejudikaattikysymys oli toinen, mittaamisratkaisua perusteltiin seuraavasti:

28. Hovioikeuden A:lle mittaama yhteinen rangaistus on oikeudenmukaisessa suhteessa A:n syyksi luettuihin tekoihin, ottaen erityisesti huomioon törkeän pahoinpitelyn vahingollisuus ja vaarallisuus, teon vaikuttimet sekä rikoksesta ilmenevä A:n syyllisyys. Syytä rangaistuksen tai myöskään B:lle maksettavaksi tuomittujen vahingonkorvausten alentamiseen ei ole.

¹¹⁹ Tapani & Tolvanen (2011) s. 57–58.

Tällaisesta lakitekstin muotoiluja toistavasta perustelutavasta voi arvata, ettei KKO tuossa ratkaisussaan ollut edes kiinnostunut muun ohella ohjaamaan mittaamista. Sen sijaan 2010-luvulla mittaamisprejudikaatteja mm. törkeästä pahoinpitelystä on alkanut tulla. Tämä onkin ymmärrettävää, koska äsken mainittu KKO 2008:85 -ratkaisu lisäsi tarvetta saada ikään kuin referenssin vuoksi prejudikaatteja myös tyypillisemmistä törkeistä pahoinpitelyistä¹²⁰. Pahoinpitelyä koskevia 2010-luvun mittaamisprejudikaatteja ovat KKO 2010:36, 2011:53, 2014:6 ja 2014:60.

KKO:2010:36

Pahoinpitely - Törkeä pahoinpitely

Rangaistuksen määrääminen - Rangaistuksen mittaaminen

Metallirunkoinen tuoli ei ollut rikoslain 21 luvun 6 §:n 1 momentin 3 kohdassa tarkoitettu ampuma- tai teräaseeseen rinnastettava hengenvaarallinen väline. Ks. KKO:1996:65 KKO:2009:79

Kysymys myös pahoinpitelystä tuomittavan rangaistuksen mittaamisesta.

Rangaistus mitattiin tässä ratkaisussa kylläkin perusmuotoisesta pahoinpitelystä, koska kvalifiointiperusteet jäivät täyttymättä. Rangaistuksesta KKO totesi perusteluissaan korostaen nytkin teon vaarallisuutta (korostus minun):

11. Rikoslain 6 luvun 4 §:n mukaan rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttimiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen. A:n lyönti on aiheuttanut B:n päälle V:n muotoisen haavan, joka on jouduttu ompelemaan. Lyönti, joka on tehty painavalla tuolilla ja kohdistettu päähän, olisi voinut aiheuttaa uhrilleen pysyvän päänsisäisen vamman, ja on siten ollut luonteeltaan *aiheutunutta seuraamusta merkitävästi vaarallisempi*. Asiassa ei ole ilmennyt, että teolle olisi ollut mitään lieventävää perustetta. Näiden seikkojen vuoksi pahoinpitelystä tuomittavan rangaistuksen tulee olla tavanomaista ankarampi. Huomioon ottaen rangaistuksen koventamisperusteena A:n aikaisempi rikollisuus Korkein oikeus pitää oikeudenmukaisena rangaistuksena pahoinpitelystä 10 kuukautta vankeutta. Korkein oikeus tuomitsee A:n tästä teosta ja hänen syykseen kohdissa 1 ja 6 - 13 luetuista rikoksista, tuomiolauselmasta ilmenevät

¹²⁰ Ratkaisua kommentoinut Tapani (2009) kehuu KKO 2008:85 -ratkaisua ”rohkeaksi”, mutta tietysti kielteisempiäkin adjektiiveja voisi käyttää siitä, että ensimmäisen törkeää pahoinpitelyä käsittelevän mittaamisprejudikaatin aiheeksi valittiin lajissaan hyvin poikkeuksellinen rikos eikä tyypillistä.

aikaisemmat rangaistukset kohtuullistamisperusteena huomioon ottaen, yhteiseen yhden vuoden vankeusrangaistukseen.

KKO noudatti tässä ratkaisussa (KKO 2010:36) perustelutapaa, jota olen jäljempänä käräjäoikeusaineistoa analysoidessani kutsunut holistiseksi, koska siinä ei lajinvalintaa perustella erikseen; yllä lainatussa kohdassa mittaamisen ja vankeuslajin valinnan perustelut muodostavat yhden kokonaisuuden, josta ei näy, että vankeusrangaistuksen ehdottomuutta olisi harkittu erikseen. Tämä ei ole nähdäkseni suositeltava perustelutapa silloin, kun vankeusrangaistuksen kesto on enintään 2 vuotta. Jos aiempaa rikollisuutta on koventamisperusteeksi asti, se toki puoltaa myös ehdottomuutta RL 6:9.1:n kautta. Mistään automaattista ei kuitenkaan ole kyse, vaan lajinvalinta pitäisi joka tapauksessa sekä harkita että perustella omana kysymyksenään ottaen huomioon RL 6:9 kokonaisuudessaan.

KKO:2011:53

Pahoinpitely - Törkeä pahoinpitely

Rangaistuksen määrääminen - Rangaistuksen mittaaminen - Rangaistusasteikon alittaminen - Yhdyskuntapalvelu

A oli tuomittu B:hen kohdistuneesta törkeästä pahoinpitelystä. Hovioikeus oli ottanut huomioon A:n aikaisemman samankaltaisen rikollisuuden rangaistuksen koventamisperusteena. Hovioikeus oli tästä huolimatta alittanut rikoksesta säädetyn vähimmäisrangaistuksen sillä perusteella, että teko olisi voitu käsitellä samassa yhteydessä aikaisemman rikoksen kanssa, josta A oli tuomittu ehdolliseen vankeusrangaistukseen ja sen ohella yhdyskuntapalveluun.

Korkein oikeus katsoi tuomiosta ilmenevillä perusteilla, ettei A:n aikaisempi rikollisuus muodostanut rangaistuksen koventamisperustetta.

Yhdyskuntapalvelua, joka oli tuomittu ehdollisen vankeuden oheisseuraamuksena, ei otettu rikoslain 7 luvun 7 §:n nojalla huomioon rangaistusta alentavana tai kohtuullistavana perusteena. A tuomittiin yhden vuoden kahdeksan kuukauden ehdottomaan vankeusrangaistukseen.

Mittaamista (yhteinen rangaistus 1 v 8 kk törkeästä pahoinpitelystä ja muista rikoksista) KKO perusteli tässä ratkaisussa pahoinpitelyn osalta erityisesti teon seurauksilla ja sillä, että avuttomana lattialla makaavaa uhria oli potkittu päähän:

9. Den grova misshandel som tillräknats A har begåtts genom att han har slagit med knytnävarna mot B:s huvud. Trots att det vid gärningen inte har använts något vapen, har A förorsakat B flera allvarliga och bestående fysiska, psykiska och kosmetiska skador vilket bevisar att våldet har varit kraftigt såsom framkommer ur hovrättens dom. Våldet har riktats endast mot den på golvet liggande B:s huvud och efter gärningen har A lämnat B ensam medvetlös i hennes hem. Ytterligare har han efter att ha misshandlat B i Mariehamn, olovligt tagit i bruk hennes personbil samt i berusat tillstånd kört den av vägen i Sund så att bilen har blivit förstörd. Under körningen har han förorsakat konkret fara för utomstående personer. Högsta domstolen anser att ett rättvist straff i förhållande till brottens ovan nämnda skadlighet, allvarlighet samt A:s skuld är ett år åtta månader fängelse.

Todettakoon, että vankeuslajin KKO perusteli tällä kertaa selkeästi mittaamisratkaisunsa jälkeen:

11. A har varit 20 år gammal när han begick de ifrågavarande brotten. Enligt A har han inte gjort sig skyldig till nya brott och han har stadigvarande arbetsplats samt är bosatt på en annan ort. Högsta domstolen anser att A:s brott är så allvarliga och hans skuld beträffande de brott det nu är fråga om så stor att endast ett ovillkorligt fängelsestraff kan komma i fråga. På dessa grunder döms A till ett ovillkorligt fängelsestraff på ett år åtta månader.

KKO:2014:6

Pahoinpitely - Törkeä pahoinpitely

Tahallisuus

Rangaistuksen määrääminen - Rangaistuksen mittaaminen

A oli asuintalonsa porraskäytävässä ottanut painimalla yhteen B:n kanssa ja paennut sen jälkeen asuntoonsa. B oli tämän jälkeen hakannut tai potkinut A:n asunnon ovea, jolloin A oli suuttunut ja hakenut puukon sekä avannut asunnon oven. A ja B olivat heti sen jälkeen käyneet toisiinsa käsiksi ja yhteenotto oli jatkunut painimalla puukon ollessa A:n kädessä. Yhteenotossa B:lle oli aiheutunut puukosta viiltahaava kaulaan.

Korkeimman oikeuden ratkaisusta ilmenevillä perusteilla A:n katsottiin tahallaan tehneen B:lle ruumiillista väkivaltaa ja aiheuttaneen hänelle kerrotun vamman. Pahoinpitelyä ei kuitenkaan katsottu törkeäksi.

Kysymys myös rangaistuksen mittaamisesta.

Ratkaisussa KKO 2014:6 A tuomittiin KKO:ssa 9 kuukauden ehdottomaan vankeuteen perusmuotoisesta pahoinpitelystä. Mittaamista perusteltiin erittäin laajasti ja erisuuntaisia näkökohtia punniten (perustelujen kohdat 14–20). Tämän tapauksen erityispiirre oli siis, että kyseessä oli puukko kädessä painiessa aiheutunut viiltohaava. Ennakkoratkaisun KKO 2010:36 (yllä) tapaus oli kuitenkin sikäli samanlainen, että molemmissa oli käytetty välinettä ja kvalifiointiperusteet jääneet jokseenkin täpärästi täyttymättä. Tällä kertaa KKO perusteli mittaamisratkaisuaan myös rangaistustasoja käsittelevällä tilastotiedolla. KKO totesi mm. (korostukset minun):

18. A on käyttänyt pahoinpitelyssä teräasetta ja aiheuttanut sillä vamman B:n kaulaan. Jo teräaseen käyttämisen vuoksi A:n syyksi luettua tekoa on pidettävä huomattavasti *vakavampana rikoksena kuin tavanomaista pahoinpitelyä*, jossa yleensä ei ole käytetty asetta tai jossa käytetty ase ei ole ollut niin vaarallinen kuin teräase. Rangaistus tulee sen vuoksi mitata selvästi *ankarammaksi* kuin edellä mainittu *keskipituinen rangaistus, jonka voidaan katsoa osoittavan tavanomaisesta pahoinpitelystä tuomittavan vankeusrangaistuksen tasoa*. A:n teon seuraukset olisivat voineet olla nyt aiheutettua vammaa huomattavasti vaarallisemmat. Mainituilla perusteilla tekoa voidaan pitää vahingollisuuden ja vaarallisuuden kannalta jonkin verran *moitittavampana kuin ratkaisussa KKO 2010:36 kysymyksessä ollut tekoa*.

19. Pahoinpitelyn pääasiallisena vaikuttimena on ilmeisesti ollut A:n suuttuminen edeltäneisiin tapahtumiin, erityisesti B:n aggressiiviseen käyttäytymiseen. A:n teossa ei ilmene suunnitelmallisuutta. Nämä seikat vähentävät jonkin verran rikoksen moitittavuutta.

Vankeusrangaistuksen tuomitsemisen ehdottomana KKO:n perusteli mittaamisratkaisunsa perustelemisen jälkeen ja erityisesti sillä, että A oli jo aiemmin tuomittu useita kertoja rangaistukseen pahoinpitelystä:

21. A on aikaisemmin vuosina 2003 ja 2007 tuomittu ehdollisiin vankeusrangaistuksiin pahoinpitelystä ja törkeästä pahoinpitelystä. Hänet on lisäksi vuonna 2007 tuomittu eräistä liikennerikoksista kolmen kuukauden ehdottomaan vankeusrangaistukseen, jonka sijasta on määrätty yhdyskuntapalvelua 90 tuntia. Yhdyskuntapalvelun suorittamatta jäänyt osa 30 tuntia on sittemmin muunnettu takaisin vankeudeksi. A on edelleen 1.9.2008 tuomittu yhden vuoden pituiseen ehdottomaan vankeusrangaistukseen muun ohella pahoinpitelystä.

KKO:2014:60

Pahoinpitely - Törkeä pahoinpitely

Rangaistuksen määrääminen - Rangaistuksen mittaaminen - Yhteinen rangaistus - Yhteisen vankeusrangaistuksen määrääminen

A oli tönäissyt häntä paenneen E:n sillankaiteen yli noin neljä metriä alempana sijainneelle kivetykselle sekä jatkanut tämän jälkeen pahoinpitelyä lyömällä ja potkimalla tiedotonta E:tä päähän ja vartaloon. A oli toisessa tilaisuudessa tönäissyt ja potkaissut polvellaan kolme kertaa T:tä kasvoihin sekä vielä potkaissut maahan kaatunutta T:tä kasvoihin niin, että tämä oli menettänyt tajuntansa. A:n syyksi oli luettu kaksi törkeää pahoinpitelyä. Lisäksi A:n syyksi oli luettu jälkimmäisen törkeän pahoinpitelyn yhteydessä tehdyt laiton uhkaus, pahoinpitely ja pahoinpitelyn yritys. Kysymys rangaistuksen mittaamisesta.

Tämä ratkaisu muistuttaa ratkaisua KKO 2008:85 siinä suhteessa, että tuomittava teko oli tyyppirikosta vakavampi. Nyt myös tekotapa, joka sitä paitsi yksiköitiin kahdeksi eri teoksi, oli luvalla sanoen poikkeuksellinen ja poikkeuksellisen raaka. Mittaamista perusteltiin aiempiin prejudikaatteihin vertaamalla mutta ei tällä kertaa tilastotiedolla:

14. A on syytekohtan 2 tilanteessa tönäissyt E:n kävelysillan kaiteen yli noin neljä metriä alempana sijainneelle kivetykselle. Teosta olisi voinut aiheutua E:n saamia vammoja hyvinkin paljon vakavammat seuraukset. Tältä osin teko on ollut vahingollisuudeltaan ja vaarallisuudeltaan ennalta odotettavissa olevien seurausten perusteella vakavampi kuin ratkaisuista KKO 2005:134 ja 2011:53 ilmenevät teot. A on vielä tämän jälkeen jatkanut pahoinpitelyä lyömällä ja potkimalla tiedottomana ollutta E:tä päähän ja vartaloon. Pahoinpitely on tältä osin paitsi ollut hyvin vahingollinen ja vaarallinen myös osoittanut suurta syyllisyyttä A:ssa. A:n syyllisyyttä korostaa myös se, että teko on kohdistunut hänelle aikaisemmin tuntemattomaan henkilöön ilman, että

tämä olisi antanut mitään aihetta hyökkäykseen. Tältä osin A:n menettely on rinnastettavissa ratkaisuihin KKO 2005:134 ja 2008:85 ilmeneviin tekoihin. Korkein oikeus katsoo, että törkeää pahoinpitelyä on tässä tapauksessa pidettävä selvästi moitittavampana kuin Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2005:134 ja 2011:53 tekijöiden syyksi luetuja tekoja. A:n tekoa ei kuitenkaan voida moitittavuudeltaan kokonaisuutena arvioiden rinnastaa ratkaisussa KKO 2008:85 kysymyksessä olleeseen, poikkeuksellisen vakavana pidettyyn törkeään pahoinpitelyyn, jossa uhrin kuolema vältettiin vain satunnaisista syistä. Korkein oikeus katsoo, että oikeudenmukainen rangaistus A:n syyksi syytekohdassa 2 luetusta törkeästä pahoinpitelystä on selvästi yli kaksi vuotta vankeutta.

15. Syytekohdan 5 tilanteessa A on tönäistään T:tä ja potkaistuaan tätä kolme kertaa polvella kasvoihin potkaissut maahan kaatunutta T:tä niin, että tämä on menettänyt tajuntansa. Pahoinpitely on alemmissa oikeuksissa katsottu tehdyksi erityisen raa'alla ja julmalla tavalla sekä myös kokonaisuutena arvioiden törkeäksi. Kokonaisarviointissa on otettu huomioon, että A oli ilman syytä käynyt T:n seurueen kimppeihin ja että hän oli pahoinpidellyt T:tä tämän oltua jo maassa. Korkein oikeus katsoo hovioikeuden tavoin, että törkeä pahoinpitely on tässäkin tapauksessa kohdistunut täysin ulkopuoliseen henkilöön ilman minkäänlaista lieventävää perustetta ja että A on päättänyt pahoinpitelyn vielä potkaisemalla maassa puolustuskyvyttömänä ollutta uhria. Mainituissa olosuhteissa oikeudenmukainen rangaistus tästä teosta erikseen arvioituna olisi useita kuukausia yli törkeän pahoinpitelyn minimirangaistuksen yksi vuosi vankeutta.

KKO suosii perusteluissa omia ennakkoratkaisuitaan, mutta tilastotiedon referoiminen ei luonnollisesti olisikaan kovin valaisevaa tuomittaessa poikkeuksellisista rikoksista. KKO perusteli vielä erikseen lajinvalintaa vastatakseen tuomitun KKO:ssa vetoamiin seikkoihin, vaikka vankeusrangaistuksen 3 vuoden keston takia ei muita vaihtoehtoja ollutkaan kuin ehdoton vankeus. KKO totesi lajinvalinnasta – jälleen mittaamisperustelujen jälkeen – seuraavaa:

22. Korkein oikeus toteaa, että nuoren rikosentekijän iällä ja henkilöön liittyvillä seikoilla voi olla merkitystä rangaistusta määrättäessä esimerkiksi rangaistuslajin valinnassa ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä silloinkin, kun hän on tehnyt rikoksen yli 18-vuotiaana. A:n syyksi luetut rikokset ovat kuitenkin edellä mainituilla perusteilla niin vakavia ja suurta syyllisyyttä osoittavia, ettei niistä tuomitavan vankeusrangaistuksen pituus mahdollista rangaistuksen tuomitsemista ehdollisena. A:n iälle tai seuraamusselvityksestä ilmeneville seikoille ei tässä tilanteessa voida antaa

rangaistuksen määräämiseen vaikuttavaa merkitystä. Myöskään A:n vetoamalla muilla seikoilla ei ole tässä arvioinnissa merkitystä.

3.4 Rangaistuksen mittaamisen ja vankeuslajin valinnan perustelut

OK 24:4:n mukaan tuomio on perusteltava. Perusteluissa on ilmoitettava, mihin seikkoihin ja oikeudelliseen päättelyyn ratkaisu perustuu. Perustelemisselvollisuus koskee myös rangaistuksen määräämistä, joten jos tuomioistuin tuomitsee rikoksesta jonkin rangaistusseuraamuksen, sen on kerrottava, mitkä tosiseikat ovat olleet siihen vaikuttamassa sekä miten eri mittaamisperusteita ja -periaatteita on näihin seikkoihin sovellettu. Tässä alaluvussa tarkoituksena on tarkastella rangaistuksen määräämisen perusteluja erityisesti vankeuslajin valinnan ja mittaamISRatkaisun osalta kiinnittäen huomiota näiden keskinäiseen järjestykseen.

Seuraamusperusteluja ylipäänsäkään ei ole kovin paljon tutkittu eikä esim. oikeusteoreettinen argumentaation teoria yksinkertaisesti sovellu rangaistuksen määräämisen perusteleminen kovin hyvin, koska siellä puhutaan norminvalinnasta (subsumptio), normin soveltamisesta, normiristiriidan ratkaisemisesta ja aukon täyttämisestä¹²¹. Rangaistuksen määrääminen on tietynlaista normin soveltamista tai laintulkintaa, mutta sopivan tunnusmerkistön ja siis asteikon valitsemisen jälkeinen mittaamisvaihe on laintulkinnaksi kiistattomasti omalaa-
tuista¹²².

Käräjäoikeuksien perusteluja on jäljempänä arvioitu erityisesti *pro et contra* -perusteluihan-
teen valossa. *Pro et contra* -perustelujen reunaehdoista on toivottu keskustelua oikeusteorian
piirissä¹²³. Julkisuudessa sen sijaan on viime aikoina toivottu avointa keskustelua rangaistus-
seuraamuksista ja niiden perusteleemisesta. Paras lähtökohta niin oikeusteoreettiselle kuin
oikeuspoliittisellekin keskustelulle ovat empiiriset havainnot.

Seuraavissa luvuissa on tarkasteltu myös, missä määrin on käytetty ns. fraasiperusteluja ja
missä määrin todellisia perusteluja. Fraasiperustelu merkitsee säännöksestä lainatun fraasin
käyttämistä perusteluna sellaisenaan aidon soveltamisen sijaan eli sen sijaan, että peruste-
luissa kuvattaisiin, minkä takia ja millä tavoin kyseinen säännös kattaa käsillä olevan yksit-
täistapauksen. Perustelufraaseja voivat olla esimerkiksi RL 6:4:ssä säädetty rangaistuksen

¹²¹ Klemetti (2014) s. 149.

¹²² Lappi-Seppälä (1987) s. 16–17.

¹²³ Klemetti (2014) s. 150.

mittaamisen yleisperiaate ”Rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttimiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen” sekä ehdollisen ja ehdottoman välistä valintaa koskeva RL 6:9.1:n ”rikoksen vakavuus, rikoksesta ilmenevä tekijän syyllisyys tai tekijän aikaisempi rikollisuus” ja jopa ”yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen”, joka on peräisin jo kumotusta laista (laki ehdollisesta rangaistuksesta).

Fraasiperustelujen käyttöä pidettiin tietäntyyppisenä uhkakuvana silloin, kun Suomessa alettiin ylipäänsä perustella seuraamusta¹²⁴. On hyvä aika ajoin tarkastella, missä määrin tämä on toteutunut ja missä määrin seuraamusperustelut ovat sellaisella tasolla, että asianosaiset ja yleisö voivat ne lukemalla ymmärtää, minkä takia on rangaistus on sellainen kuin se on.

Käytetty aineisto on muodostettu Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutissa poimimalla käräjäoikeustuomioita rikosten ja seuraamusten tutkimusrekisteristä. Tähän aineistoon kuuluvat oman työni kannalta hyvin olennaiset tuomioiden perustelut. Olen hakenut rikosten ja seuraamusten tutkimusrekisteristä kaikki sellaiset käräjäoikeusratkaisut vuodelta 2012 (aineiston viimeinen kokonainen vuosi tätä kirjoitettaessa), joissa vastaaja tuomittiin törkeästä pahoinpitelystä ainoana rikoksena. Näitä on 246, joista 93:ssa tuomittiin ehdotonta vankeutta ja 150:ssä ehdollista vankeutta¹²⁵. Törkeästä pahoinpitelystä tuomittuja kaikkiaan kyseisenä vuonna oli 880.

Aineistossa on mukana lautamiesten kanssa annettuja tuomioita ja muita useiden tuomarien jaoston antamia tuomioita, mutta erilaisten jaostojen perustelujen vertailu ei ole kuulunut tämän tutkielman aihepiiriin. Seuraavia alalukuja tuleekin lukea sillä varauksella, että jaostotyyppien välillä voi olla eroja ja useiden tuomarien jaoston päätöksentekoon voi liittyä ja varmasti liittyykin sosiaalipsykologisia vaikutuksia, joiden analysointi rajautuu käsillä olevan työn ulkopuolelle.

Mukana on useita otoksia mainitusta käräjäoikeusaineistosta seuraamuksen mukaan jaoteltuna ja tavoitteena on laadullisen tutkimuksen menetelmin muodostaa yleiskuva siitä, millaisia perusteluja eri seuraamuksille on tapana käyttää alioikeuksissa. Erityisen huomion kohteena on, missä järjestyksessä vankeuslajin valinta ja vankeuden kesto perustellaan. Tuliaan huomaamaan, että fraasiperustelua ei käytetä käräjäoikeuksissa mitenkään dominoivasti

¹²⁴ Lappi-Seppälä (1987) s. 600.

¹²⁵ 9 ratkaisussa ei tuomittu ensinkään vankeutta vaan esim. sakkoa RL 6:8.4:n nojalla tai jätettiin rangaistukseen tuomitsematta. Luvut summautuvat yli 246:n sen johdosta, että muutamassa usean vastaajan jutussa tuomittiin erilaisia rangaistuksia eri vastaajille.

tai pääasiallisesti mutta kuitenkin varsin usein. Vaikka seuraamusperustelut yleensä ovat varsin lyhyet, mm. ankarampia rangaistuksia perustellaan pidemmin. Pitkät ja harvinaisen *pro et contra* -tyyppiset perustelut saa usein myös ehdollinen vankeusrangaistus yhdessä yhdyskuntapalvelun kanssa. Seuraavassa otoksia on käyty läpi siinä järjestyksessä, että ensimmäisenä käsitellään ehdottomien tuomioiden perusteluja ja siirrytään vähitellen lievempiin tuomioihin.

Jatkossa *holistiseksi perustelutavaksi* on kutsuttu perustelemista, jossa vankeuslaji ja vankeusrangaistuksen kesto on perusteltu samalla kertaa. Tällaisissa perusteluissa on esimerkiksi mainittu vankeusrangaistuksen kesto ja ehdollisuus mutta perusteltu ne samoilla perustelulausumilla. Joskus on vaikea erottaa holistisia perusteluita sellaisista, joissa on perusteltu yksinomaan kestoa tai yksinomaan vankeuslajia. Puheena olevien osaratkaisujen perustelemista selvästi erikseen voidaan kutsua perättäiseksi perustelutavaksi¹²⁶. Tämä vaihtoehto siis olisi siinä mielessä lainmukainen, että rikoslaki näyttää edellyttävän keston ja lajin *ratkaisemista* erikseen (ja tässä järjestyksessä), jolloin myös niiden perusteleminen erikseen olisi johdonmukaista. Analysoiduissa tuomioissa ei havaittu esim. sellaisia monimutkaisia perusteluita, joissa olisi ensin perusteltu kestoa karkeasti (enintään 2 vuotta vai yli 2 vuotta), sitten vankeuslajia ja lopuksi kestoa täsmällisemmin.

3.4.1 Törkeä pahoinpitely, ehdoton vankeusrangaistus

Poimin aineistosta satunnaisesti 26 kappaleen otoksen tuomioita, joissa on tuomittu törkeästä pahoinpitelystä ehdoton vankeusrangaistus. RL 6:9.1:n mukaan määräaikainen, enintään kahden vuoden vankeusrangaistus voidaan määrätä ehdolliseksi (ehdollinen vankeus), jollei rikoksen vakavuus, rikoksesta ilmenevä tekijän syyllisyys tai tekijän aikaisempi rikollisuus edellytä ehdottomaan vankeuteen tuomitsemista. Yli 2 vuotta pitkän vankeusrangaistuksen kohdalla ehdottomuutta ei siis ole tarpeellista perustella, koska niin pitkän tuomion on lain mukaan oltava ehdoton.

Enintään 2 vuoden tuomioissa eräs yleisimpiä perusteluja ehdottomalle vankeusrangaistukselle on tekijän aikaisempi (samanlainen) rikollisuus. Otokseeni kuuluvista seuraamusperusteluista noin puolessa on mainittu tekijän rikosrekisteri ehdottomuuden perusteena. Ehdottomuutta puoltavia teonpiirteitä taas ovat esimerkiksi vammauttaminen, hengenvaarallisen

¹²⁶ Varoisin sekaannuksen välttämiseksi käyttämästä termiä ”sekventiaalinen” tässä kohti, sillä sekventiaalisiksi päätöksenteoksi kutsutaan *intuitive-override*-teorian mukaista tyypin 1 ja 2 prosessien työnjakoa.

tilan aiheuttaminen, kidutuksenomaisuus tai puukottaminen useita kertoja. Monissa seuraamusperusteluissa viitataan yleisesti teon ”luonteeseen” tai ”laatuun” mainitsematta rikoksen vakavuutta osoittavia teonpiirteitä. Teonpiirteitä on käyty läpi syyksi lukemisen perusteissa, ja mahdollisesti tämän takia niitä ei aina ole katsottu tarpeelliseksi toistaa seuraamuksia perusteltaessa. Erityisen tarkkaan teonpiirteitä on analysoitu, jos on ollut kysymys rajanvedosta tapon yrityksen ja törkeän pahoinpitelyn välillä, kuten usein on ollut tällaisissa tapauksissa, joissa on lopulta tuomittu ankara rangaistus törkeästä pahoinpitelystä. Seuraamukseen suuntaan tai toiseen vaikuttaneiden teonpiirteiden yksilöinti erikseen seuraamusperusteluissa olisi kuitenkin tarpeellista.

Varsin monissa näistä tuomioista on mainittu myös *contra*-perusteluja ja vielä useammassa (kaikissa paitsi noin viidessä) on ylipäänsä perusteltu seuraamusta melko pitkästi. Puheena olevissa tuomioissa se voi johtua siitä, että ollaan perustelemassa ankaraa rangaistusta, jolloin Virolaisen & Martikaisen mukaan on tavallistakin suurempi tarve huolelliselle perustelemiselle. Seuraavassa on eräät Itä-Uudenmaan KO:n seikkaperäiset seuraamusperustelut, joissa on mainittu muun ohella keskirangaistuksesta:

”Törkeän pahoinpitelyn rangaistusasteikko on 1 vuodesta 10 vuoteen vankeutta. Oikeuskäytännössä tuomitut rangaistukset ovat yleisimmin olleet 1 ja 3 vuoden välillä.

Rikoslain 6 luvun 4 §:n yleisperiaatteen mukaan rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttamiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen.

Lääkärinlausunnon 16.6.2012 sekä tapahtuman jälkeen C:stä otettujen valokuvien mukaan C:n puukoniskuista saamat haavat ovat sijainneet rintakehällä, silmän ja korvan välissä sekä kaulan alapuolella. Lisäksi käräjäoikeus on todennut oikeudenkäynnissä C:n kasvojen oikealla puolella halvauksen, josta ei vielä tiedetä onko kysymyksessä tilapäinen vai pysyvä haitta.

Vaikka puukoniskujen aiheuttamat vammat eivät ole olleet hengenvaarallisia, ovat ne olleet suunnattuja sellaisiin elimiin, että lääkärinlausunnon mukaan ne olisivat syvempinä tai toiseen kohtaan osuneina voineet aiheuttaa asianomistajalle suoran hengenvaaran.

Vastaajat ovat vedonneet siihen, että C on tullut paikalle tarkoituksenaan tapella heidän kanssaan. Myös todistaja D:n käsitys on ollut, että C on paikalle tullessaan ollut ’tappelumielessä’.

C on itse myöntänyt, että hän halusi tulla selvittämään A:n ja B:n kanssa sitä, miksi nämä olivat käyneet hänen kimppuunsa ravintolassa muutamaa viikkoa aikaisemmin. C on kuitenkin kiistänyt, että tarkoitus olisi ollut käyttää väkivaltaa.

Käräjäoikeus toteaa, että mitään näyttöä siitä, että C olisi käynyt A:n kimppuun tai pahoinpidellyt A:ta ennen kuin A kävi C:n kimppuun ja pahoinpiteli C:tä ei ole esitetty. Asiassa ei myöskään ole esitetty, että A tai B olisivat saaneet vammoja. Vastaaja B:n mukaan C oli paikalle tullessaan lyönyt häntä päähän. Todistaja D:n ja Todistaja E:n mukaan kysymyksessä oli ollut ainoastaan kevyt läppäisy. Kukaan ei ole edes väittänyt, että C:n mukana tulleet hänen ystävänsä olisivat käyttäytyneet väkivaltaisesti ketään kohtaan.

Todistajien kertomusten ja muun asiassa esitetyn näytön perusteella käräjäoikeus katsoo jääneen näyttämättä, että C olisi aloittanut tilanteen käymällä vastaajien kimppuun tai käyttäytymällä muulla tavalla väkivaltaisesti heitä kohtaan paitsi läppäisemällä B:tä päähän. Läppäisy, jonka B:n sylissä istunut todistaja E on kiistänyt oleen kova, on käräjäoikeuden käsityksen mukaan liittynyt C:n yritykseen puhua vastaajien kanssa heidän aikaisemmasta päällekkarkaamisestaan. Näin ollen käräjäoikeus katsoo, ettei asianomistaja C:n käyttäytymisessä ole ollut mitään sellaista, joka vähentäisi vastaajien syyllisyyttä syyksiluettuun tekoon.

Käräjäoikeus on edellä lukenut A:n syyksi törkeän pahoinpitelyn, joka sisältää useita nyrkillä iskuja C:n pään alueelle, kuristusotteen, pyynnön tuoda puukko paikalle, C:ssä kiinni roikkumisen puukolla lyöntien aikana sekä yksituumaisuuden B:n tekemisiin useisiin puukolla lyöntiin C:n suuntaan, joista kolme on osunut C:hen. Käräjäoikeus pitää oikeudenmukaisena rangaistuksena syyksiluetusta rikoksesta 1 vuoden 9 kuukauden vankeusrangaistusta. Rangaistuksen mittaamisessa on huomioitu, ettei A:ta ole aikaisemmin rekisteröity henkeen ja terveyteen kohdistuvista rikoksista.

Käräjäoikeus on edellä lukenut B:n syyksi C:n suuntaan tehdyt useat puukolla lyönnit, joista kolme on osunut C:hen. B on tehnyt teon tultuaan mukaan ulkopuolelta tilanteeseen, jossa A on jo ollut pahoinpitelemässä C:tä. Käräjäoikeus pitää oikeudenmukaisena rangaistuksena syyksiluetusta rikoksesta 1 vuoden 9 kuukauden vankeusrangaistusta. B:n osalta tuomion pituudessa on otettu huomioon, että hänet on useasti aikaisemmin tuomittu vankeusrangaistukseen pahoinpitelystä.”

Kuuden ratkaisun seuraamusperusteluissa puhuttiin ainoastaan seuraamuksen kestosta ja kuudessa perusteltiin kesto ensin. Vain parissa ratkaisussa perusteltiin vankeusrangaistuksen ehdottomuus ensin ja samoin vain parissa ratkaisussa perusteltiin pelkästään ehdottomuutta,

ei kestoja. Lopuissa kahdeksassa ratkaisussa ei noudatettu selvästi mitään järjestystä. Tällaisissa ratkaisuisissa on esimerkiksi pelkästään kerrottu joko konkreettisesti tai fraasinomaisesti, mitä seikkoja rangaistuksen määräämisessä on otettu huomioon, esim. (Kymenlaakson KO):

”Teon vaarallisuus, vahingollisuus, tekoon johtaneet seikat sekä teosta ilmenevä tekijän syyllisyys ja rangaistuskäytäntö huomioon ottaen käräjäoikeus katsoo vastaajalle oikeudenmukaiseksi seuraamukseksi vankeutta tuomiolauselmasta ilmenevällä tavalla.”

Tässä Pirkanmaan KO:n ratkaisussa on perusteltu vain ratkaisun ehdottomuutta:

”Törkeästä pahoinpitelystä on tuomittava vankeusrangaistus. Vastaajalla on rikosrekisterissä neljä vankeusrangaistustuomiota. Tuomiot ovat erityyppisistä rikoksista kuin nyt syyksiluettu teko. Vastaaja on kuitenkin toistuvasti syyllistynyt rikoksiin. Tästä syystä nyt tuomittavaa vankeusrangaistusta ei voida määrätä ehdollisena, vaan se tulee määrätä ehdottomana.”

3.4.2 Törkeä pahoinpitely, vähemmän kuin 1 v 6 kk ehdotonta vankeutta

Otin tarkasteluun vuodelta 2012 kaikki sellaiset käräjäoikeustuomiot, joissa oli tuomittu törkeästä pahoinpitelystä vähemmän kuin 1 v 6 kk ehdotonta vankeutta. Tällaisia oli 30 kappaletta. Näissä tapauksissa nimenomaan ehdottomuutta tulisi perustella ainakin jonkin verran, koska kyse ei ole yli 2 vuoden rangaistuksista eikä edes aivan niukasti alle 2 vuoden.

Seuraamusta onkin näissä tuomioissa perusteltu tyypillisesti nimenomaan vankeusrangaistuksen ehdottomuuden osalta. Enemmistössä tuomioita (16 kpl) on noudatettu holistista perustelutapaa tai perusteltu vain ehdottomuutta. Mittaamista on usein perusteltu erikseen vain fraasilla, jos lainkaan. Seuraamuksen perustelut ovat tässä otoksessa varsin lyhyitä, ja silloin kun perustelut ovat pidemmät, tämä liittyy yleensä RL 7:6:n soveltamiseen eli siihen, millä tavoin aiempia tuomioita on otettu huomioon. Joukossa oli myös kaksi tuomiota, joissa seuraamusperusteluja ei ole, ja yksi, jossa on perusteltu vain mittaamista.

Pro et contra -perustelutapaa on nähdäkseni käytetty edes jossakin määrin vain parissa tuomiossa. Rangaistusta on sen sijaan perusteltu tavallisesti säädösfraasilla ja/tai antamalla *pro*-perusteluja. *Pro*-perustelut ovat ymmärrettävät ehdottomuutta perusteltaessa sen vuoksi, että tuomion ehdollisuus on tietynlainen oletama RL 6:9.1:n nojalla. Seuraavissa Itä-Uudenmaan KO:n perusteluissa on mittaamista perusteltu vain fraasilla ja tuomion ehdottomuutta lyhyesti rikoshistorialla:

”Huomioon ottaen A:n syyksiluetun rikoksen vahingollisuus ja vaarallisuus, teon vaikuttimet sekä rikoksesta ilmenevä muu A:n syyllisyys, käräjäoikeus pitää oikeudenmukaisena seuraamuksena teosta 1 vuoden 1 kuukauden vankeusrangaistusta.

A on ollut asian vuoksi vapautensa menettäneenä 19.-22.3.2011.

Käräjäoikeus katsoo, että A:n aiempi ehdoton vankeusrangaistus ja nyt syyksi luetun teon vakavuus edellyttävät rangaistuksen määräämistä ehdottomana.”

Aiempi rikollisuus on lähes kaikissa tuomioissa esille tuleva perustelu. Harvinaisia ovat päinvastoin sellaiset tuomiot, joissa olisi nimenomaisesti tuotu esiin joitakin muita eli esimerkiksi teon vakavuuteen liittyviä perusteluja tuomion ehdottomuudelle. Toinen tyypillinen esimerkki ovat seuraavat Pirkanmaan KO:n perustelut:

”A on tuomittava vähintään 1 vuoden vankeusrangaistukseen, joka on huomioon ottaen hänen rikosrekisterin osaatteesta ilmenevät aikaisemmat vankeusrangaistukset oltava ehdoton.”

Seuraavissa Etelä-Savon KO:n perusteluissa on ehdottomuutta perusteltu myös sillä kertaa tuomittavana olleella teolla sillä tavoin, että mukaan on liitetty RL 6:9:n fraasi tekijän syyllisyydestä:

”A on aiemmin tuomittu useita kertoja yhdyskuntapalvelurangaistukseen tai ehdottomaan vankeusrangaistukseen. A on myös aiemmin syylistynyt pahoinpitelyyn. A:n aikaisempi rikollisuus ja A:n syyksi luetusta rikoksesta ilmenevä tekijän syyllisyys edellyttävät ehdottomaan vankeuteen tuomitsemista.

A:n 25.8.2011 alkanutta ehdonalaista vapautta ei määrätä menetetyksi, koska A:n syyksi nyt luettu rikos on tehty koeajan loppupuolella ja koska jäännösrangaistus on lyhyt.”

Sellaisia tuomioita, joissa kesto olisi perusteltu ensin, on vain kuusi kappaletta. Mittaamis-harkinnan perustelut jäävät siis loppumaininnan tasolla niissäkin tuomioissa, joista sellaiset voidaan erottaa. Kun mittaamista on perusteltu joko erikseen tai osana holistista perustelemista, tämä on monesti toteutettu sentyyppisellä maininnalla, että teosta on tuomittu yleisen rangaistuskäytännön mukainen tuomio, koska ei ollut tullut esille seikkoja, joiden perusteella rangaistuskäytännöstä olisi syytä poiketa (6 tuomiota). Voidaan todeta, että lajinvalintaan liittyvä harkinta ja siinä juuri rikostaustaan liittyvät seikat dominoivat näiden tuomioiden seuraamusperusteluja. Tätä havainnollistavat seuraavat Oulun KO:n perustelut:

”Minimirangaistus törkeästä pahoinpitelystä on yksi vuosi vankeutta, joten A on tuomittava teostaan vankeusrangaistukseen. A:n rikosrekisterin osaotteesta ilmenee, että hänet on aiemmin tuomittu kolme kertaa ehdolliseen vankeusrangaistukseen. A:n aiemmat ehdolliset tuomiot huomioon ottaen vankeusrangaistusta ei voida määrätä ehdollisena. Ottaen huomioon A:n syyksi luetun teon vahingollisuus ja vaarallisuus ja siitä ilmenevä A:n syyllisyys käräjäoikeus arvioi oikeudenmukaiseksi seuraamukseksi 1 vuoden 2 kuukauden vankeusrangaistuksen.”

3.4.3 Törkeä pahoinpitely, ehdollinen vankeusrangaistus ja yhdyskuntapalvelua

Tarkastelin joukkoa käräjäoikeustuomioita, joissa oli tuomittu törkeästä pahoinpitelystä ehdollista vankeutta ja lisäksi yhdyskuntapalvelua oheisseuraamuksena (RL 6:10). Oletuksena oli, että koska kyseinen seuraamusyhdistelmä on harvinainen, sen tuomitsemista olisi perusteltu suhteellisen laajasti. Toisaalta koska tällainen seuraamus on ehdottoman vankeuden ja pelkän ehdollisen vankeuden tuomitsemisen välissä oleva vaihtoehto, voidaan odottaa, että erityisesti sen perustelut noudattaisivat *pro et contra* -tyyppiä.

Poimin kaikki tällaiset ratkaisut (17 kpl) käräjäoikeustuomioaineiston otoksesta, jonka muodostavissa tuomioissa syytetty oli vuonna 2012 todettu syylliseksi törkeään pahoinpitelyyn ainoana rikoksena. Useimmissa tuomioissa (10 kpl) on eksplisiittisesti tuotu esille sekä ankaramman että lievemmän rangaistuksen puolesta puhuvia seikkoja. Esimerkkinä voidaan nostaa esille seuraavat Kymenlaakson käräjäoikeuden perustelut:

”A on syyllistynyt vakavaan rikokseen ehdollisen rangaistuksen koeaikana. Hän on syyllistynyt vuonna 2009 useisiin pahoinpitelyrikoksiin. Tämä puoltaisi vahvasti ehdollisen rangaistuksen määräämistä täytäntöön ja ehdottoman vankeusrangaistuksen tuomitsemista.

Hän käy terveydentilansa vuoksi säännönmukaisilla hoitokäynneillä (todiste V1) ja näin itse pyrkii huolehtimaan elämänhallinnastaan. A on vakituksessa työsuhteessa. Aiemmista rikoksista oli kulunut runsaat kaksi vuotta. A on sopinut ja myös maksanut asianomistajalle vahingonkorvauksen.

Näillä perusteilla on päädytty siihen, että vankeusrangaistus voidaan tuomita ehdollisena. Koska sitä yksinään on pidetty riittämättömänä, on lisäksi tuomittu 90 tuntia yhdyskuntapalvelua. A on suostunut yhdyskuntapalveluun.”

Viidessä ratkaisussa on rangaistuksen määräämisen perusteluissa ilmaistu vain yhteen suuntaan puhuvia perusteluita, mahdollisesti jonkin säännösfraasin lisäksi. Parissa ratkaisussa on

tyydytty vain ilmaisemaan säännösfraasi *ehdollista vankeutta yksinään on pidettävä riittämättömänä rangaistuksena* ja/tai RL 6:9:n fraasi siitä, että *rikoksen vakavuus, rikoksesta ilmenevä tekijän syyllisyys tai tekijän aikaisempi rikollisuus ei edellytä ehdottomaan vankeuteen tuomitsemista*. Esimerkiksi Päijät-Hämeen käräjäoikeuden erään ratkaisun seuraamusperustelut kuuluvat seuraavasti:

”A on tuomittava vakiintuneen oikeuskäytännön mukaiseen vankeusrangaistukseen. Estettä rangaistuksen tuomitsemiselle ehdollisena ei ole. Ehdollista vankeusrangaistusta on yksinään pidettävä riittämättömänä seuraamuksena. A soveltuu yhdyskuntapalveluun ja on antanut siihen suostumuksensa.”

Perusteluissa mainittuja ankaraa rangaistusta puoltavia seikkoja ovat erityisesti pahoinpitelyn vakavuus tai hengenvaarallinen tekotapa kuten puukottaminen ylävartaloon, tuomitun aiempi rikollisuus ja se, että rikos on tehty ehdollisen vankeuden koeajalla. Lievemman rangaistuksen puolesta puhuvia seikkoja puolestaan mainittiin aiemman rikollisuuden puuttuminen, sen erilaisuus verrattuna käsillä olevaan tekoon tai siitä kulunut pitkä aika. Muita mainittuja lieventäviä seikkoja olivat avun hälyttäminen uhrille, teon ajoittuminen koeajan lopulle, näytöt hyvästä elämänhallinnasta, alaikäisten lasten huoltajuus ja se, että uhrilla oli aiemmin ollut tapana pahoinpidellä tekijää parisuhteessa. Viimeksi mainittu perustelu oli Etelä-Pohjanmaan käräjäoikeuden tuomiossa, joka totesi seuraamusperusteluinaan:

”Oikeudenmukainen vankeusrangaistuksen pituus on 1,5 vuotta. Puukottaminen vatsaan puoltaa vankeusrangaistuksen tuomitsemista ehdottomana. A:lla ei ole rikosrekisteriä, ja teon taustalla on ollut väkivaltainen parisuhde. Sisäelinten vammat eivät ole tässä olleet vakavia. A asuu kahden alaikäisen lapsen kanssa. Näitä seikkoja harmittaen käräjäoikeus päätyy siihen, että vankeusrangaistus on tuomittava ehdollisena. Koska se ei yksinään ole riittävä seuraamus, A:lle on lisäksi tuomittava yhdyskuntapalvelua 70 tuntia.”

Vain yhden tuomion perusteluissa mainittiin normaalirangaistusalue (”hieman yli 1 vuodesta noin 2,5 vuoteen vankeutta”). Monissa muissa perusteluissa todettiin, että rangaistus on vakiintuneen oikeuskäytännön mukainen, kuitenkin luonnehtimatta oikeuskäytäntöä tai normaalirangaistusaluetta.

Seitsemän tuomion perustelut on kirjoitettu sillä tavoin, että vankeusrangaistuksen kestosta olisi päätetty ennen sen ehdollisuutta. Yhdessä Keski-Suomen käräjäoikeuden ratkaisussa perustelut kirjoitettu sillä tavoin, että ehdollinen rangaistus ainakin on todettu sopivaksi ennen keston perustelemista. Suunnilleen kolmen tuomion perustelut viittaavat lähinnä siihen,

että seuraamusharkinta olisi tehty holistisesti eli samalla kertaa sekä ehdollisuuden että keston osalta, esim. (Pirkanmaan käräjäoikeus): ”Vastaaja on tuomittava syyksiluettavasta törkeästä pahoinpitelystä syyttäjän vaatimaan vähintään yli yhden vuoden ehdolliseen vankeusrangaistukseen ja yhdyskuntapalveluun, johon vastaaja on sovelias.” Lopuissa tuomioissa (noin 7 kpl) on keskitytty perustelemaan rangaistuksen ehdollisuutta ja oheisrangaistusta, eikä tuomioistuin siis ole tullut ilmaiseeksi, päättikö se mielestään ensin ehdollisuudesta vai kestopa.

Joko suoraan tai epäsuoraan monista ratkaisuksista käy selville, että oheisseuraamus on tuomittu siksi, että RL 6:9:n kriteerit ehdottoman vankeusrangaistuksen tuomitsemiselle ovat lähestulkoon täyttyneet tai olisivat täyttyneet ilman jotakin lievempää rangaistusta puoltavaa seikkaa.

3.4.4 Törkeä pahoinpitely, vähintään 1 v 6 kk ehdollista vankeutta

Vuodelta 2012 on aineistossa 29 sellaista tuomiota, joissa on langetettu törkeästä pahoinpitelystä ainoana rikoksena ehdollista vankeutta vähintään 1 v 6 kk. Kävin läpi ne kaikki. Kuten lukumäärästäkin havaitaan, tällainen seuraamus on melko harvinainen, koska kahta vuotta lähestyvät vankeustuomiot tuomitaan lyhyitä todennäköisemmin ehdottomina. Lukuun ei ole laskettu mukaan niitä tapauksia, joissa on langetettu yhdyskuntapalvelua oheisrangaistuksena. Näissä tapauksissa ehdollisen vankeusrangaistuksen kesto on säännönmukaisesti ollut vähintään 1 v 6 kk, mutta näitä oheisrangaistustuomioita olen tarkastellut edellä, joten keskityn nyt niiden ratkaisujen perusteluihin, joissa ei ole tuomittu yhdyskuntapalvelua.

Puheena olevia pitkiä ehdollisia vankeusrangaistuksia on langetettu erityisesti tapauksissa, joissa on esim. pahoinpidelty puolustuskyvytöntä uhria julmasti tai kaikkein tyypillisimmin puukotettu jokseenkin hengenvaarallisella tavalla (muutamissa tapauksissa on ajettu ensisijaisena syytteenä tapon yritystä). Tapauksissa on kuitenkin voinut olla lieventäviä asianhaaroja, esim. tekijän uhrille antama ensiapu tai avun hälyttäminen RL 6:6 3 kohdan mukaisesti. Teonpiirteet vaikuttavat siten paitsi tuomitun vankeusrangaistuksen keston, myös ehdottomuus/ehdollisuuspäätökseen, kun ne otetaan huomioon arvioitaessa tekijän syyllisyyttä siten kuin RL 6:9.1:ssä edellytetään. Tavallisin peruste ehdottomuus/ehdollisuuspäätöksissä ei ole ollut kuitenkaan mikään teonpiirre vaan tekijän rikosrekisteristä ilmenevä rikostausta, näissä tapauksissa siis lähinnä sen puute tai aiemmista rikoksista kulunut pitkä aika.

Tuomioista 13 (29:stä) on sellaisia, joista selviää, että kesto on otettu lähtökohdaksi. Esim. eräät Kanta-Hämeen käräjäoikeuden perustelut kuuluvat seuraavasti:

”Vähimmäisrangaistus törkeästä pahoinpitelystä on neljä kuukautta vankeutta [toim. huom. se on kylläkin 1 vuosi vankeutta]. Teko on kohdistunut makuulla olevaan henkilöön ja se on tehty teräaseella kaulan alueelle. Toisaalta B:lle aiheutunut vamma ei ole kovinkaan vakava ja A on soittanut B:lle apua heti tapahtuman jälkeen. Edellä mainitut seikat huomioon ottaen käräjäoikeus katsoo, että vuoden ja kuuden kuukauden mittainen vankeusrangaistus on kohtuullinen rangaistus tehdystä teosta. A:ta ei ole tuomittu aiemmin vankeusrangaistuksiin. Siten hänelle tuomittava rangaistus voi olla ehdollinen. Vaikka teko on vakava, kuten kaikki törkeinä pahoinpitelyinä pidettävät teot, käräjäoikeus katsoo, ettei se omassa lajissaan ole siten vakava, että tarvetta oheisseuraamuksena määrättävälle yhdyskuntapalvelurangaistukselle olisi olemassa.”

Seuraavissa Helsingin käräjäoikeuden seuraamusperusteluissa on otettu ehdollisuus ensin puheeksi, mutta tuomioistuin esittää kuitenkin asian selvästi niin, että ehdollisuudesta on päätetty keston jälkeen:

”A:ta ei ole aikaisemmin tuomittu vankeusrangaistukseen, joka puoltaa vankeusrangaistuksen tuomitsemista ehdollisena. Sen sijaan vuoden sekä 6 kuukauden vankeusrangaistus on pituudeltaan sellaisena, mikä tukisi sen tuomitsemista ehdottomana. A ei ole pahoinpidellyt lastaan raa’alla tavalla eivätkä lapsen pahoinpitelystä saamat vammat ole olleet hengenvaarallisia eivätkä ne ole edellyttäneet sairaalassa erillisiä hoitotoimenpiteitä. Näitä seikkoja verratessa keskenään, on käräjäoikeus päätenyt siihen, että A:lle tuomittu rangaistus voidaan tuomita ehdollisena.”

3 tuomiossa on käsitelty ehdollisuuskysymys ensin. Lopuissa 12 tuomiossa perusteluista ei ole jompaakumpaa rangaistuksen aspektia edes mainittu tai ne on mainittu samalla kertaa. Esim. Satakunnan käräjäoikeus totesi seuraamusperusteluinaan ainoastaan:

”Syyttäjän vaatima ehdollinen vankeusrangaistus on oikeudenmukainen seuraamus.”

Seuraava Helsingin käräjäoikeuden ratkaisu on tosin laajemmin perusteltu, mutta myös siinä seuraamusharkintaa on kuvattu holistisesti:

”Teon vahingollisuus ja vaarallisuus huomioiden, eli koska kysymys on kaulan alueelle kohdistuneesta hengenvaarallisen veitsen iskusta, on tuomittavan rangaistuksen oltava vankeutta. Alle kahden vuoden vankeusrangaistuksen, ja ehdollisen tuomion puolesta puhuu muun muassa se seikka, että tarkemmin tapahtumainkulku ja lyönnin

laatu on jäänyt selvittämättä, kuten myös se, että asianomistaja on vastaajasta riippuvainen, eikä hänellä ole tätä kohtaan mitään vaatimuksia, ja tosiasiallisesti tarvitsee tätä omaishoitajana. Näillä perustein käräjäoikeus on katsonut teosta oikeaksi seuraamukseksi tuomiolauselmasta ilmenevän rangaistuksen.”

Suunnilleen puolessa tuomioista siis on selvästi pyritty noudattamaan rikoslain mallia päätöksenteon järjestyksestä. Tuomiot, joissa keston perustelemiseen siirrytään ehdollisuuspäätöksen jälkeen, ovat harvinaisia. Monet heikoimmin perustelluissa tuomioista ovat holistisen mallin mukaisia tai muutoin sellaisia, joista ei voi epäsuorastikaan päätellä käräjäoikeuden omasta mielestään noudattamaa päätöksentekojärjestystä. Tämä johtuu siitä, että kaikkein niukimmin perustellut tuomiot kuuluvat tähän kategoriaan. Oikeastaan niukoista perusteluista puhuminenkin on liioittelua, jos seuraamusperustelu muodostuu pelkästä oikeudenmukaisuuteen viittaamisesta tai fraasista. Tällöin seuraamusta ei oikeammin sanottuna ole perusteltu, eikä sellaisen näennäisperustelun pohjalta voi asianosainen suunnitella muutoksenhakua tai yleisö arvioida seuraamuksen sopivuutta.

3.4.5 Törkeä pahoinpitely, vähemmän kuin 1 v 6 kk ehdollista vankeutta

Poimin satunnaisesti 23 kappaletta tuomioita, joissa tuomittiin törkeästä pahoinpitelystä vähemmän kuin 1 v 6 kk ehdollista vankeutta. Tällaisia tuomioita on aineistossa yhteensä 120, joten kyseessä on suhteellisen tavallinen seuraamus tästä rikoksesta. Paitsi tavallinen, se on myös lievä, joten voitiin odottaa, että näiden tuomioiden seuraamusperustelut olisivat suppeita.

Seuraamusperustelut ovatkin yleensä lyhyet näissä ratkaisuissa. Jos tuomiossa on yksilöity joitakin seuraamusperusteluja, ne ovat yleensä lievää rangaistusta puoltavia perusteita. Tämä ei tietenkään välttämättä ole mikään perustelemisen virhe, vaan puheena olevan kaltainen lievä rangaistus johtunee useimmiten siitä, ettei ankaroittavia perusteita ole tullut esiin itse oikeudenkäynnissä. *Pro et contra* -perusteluja on voitu käyttää sellaisissa tapauksissa, joissa tekijällä on jotakin rikostaustaa mutta ei sellaista, joka edellyttäisi vankeusrangaistuksen ehdottomuutta, kuten esimerkiksi tässä Pohjois-Savon KO:n tuomiossa:

”A on kertonut menettelynsä johtuneen käsityksestä, että B oli tekemässä väkivaltaa hänen lapselleen. A on välittömästi tekonsa jälkeen hälyttänyt apua ja lähtenyt viemään B:tä sairaalaan. A ja B ovat sopineet asian heti B:n päästyä sairaalasta.

A:ta koskevasta rikosrekisterin osaotteesta ilmenee, että hänet on tuomittu vuonna 2004 ja 2008 ehdollisiin vankeusrangaistuksiin muun muassa törkeästä rattijuopumuksesta. A:lle aiemmin tuomitut vankeusrangaistukset ovat melko lieviä ja niistä on kulunut pitkähkö aika.

Huomioon ottaen edellä mainitut seikat käräjäoikeus katsoo, ettei rikoksen vakavuus tai siitä ilmenevä tekijän syyllisyys taikka tekijän aikaisempi rikollisuus edellytä A:n tuomitsemista ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Käräjäoikeus kutsuu, että oikeudenmukaisena rangaistuksena on pidettävä yhden vuoden kahden kuukauden vankeusrangaistusta, joka määrätään ehdolliseksi.”

Joukossa ei ole yhtään ratkaisua, jossa olisi selvästi käsitelty rangaistuksen ehdollisuus ensin eli ennen kestoä. Tämä voi johtua siitä, että monesti näissä lyhemmissä tuomioissa ei painavasti harkita ehdotonta vankeutta. Tapauksista 13:ssa päätöksenteon järjestys on kuvattu epäselvästi tai holistisesti ja kaikissa loppuissa (10 kpl) kestoä näkyy päätetyn ensin. Epäselvinä tältä osin voidaan pitää esim. seuraavia erittäin lyhytsanaisia Helsingin KO:n perusteluja, jotka eivät varsinaisesti ole perustelut vaan pelkkä toteamus seuraamuksen sisällöstä:

”A on tuomittava vankeusrangaistukseen, joka voidaan tuomita ehdollisena.”

Tässä voitaisiin ehkä tulkita, että kestoä on päätetty ensin, koska ehdollisuusasia on mainittu viimeisenä. Yhtä epäselväksi asia jää tämänkaltaisissa perusteluissa, joissa nähtävästi perustellaan mittaaminen ja lajinvalinta samalla kertaa (Satakunnan KO):

”Rikosten vahingollisuus ja vaarallisuus huomioon ottaen vastaajille tuomitaan vankeusrangaistukset, jotka tuomitaan ehdollisina. Rangaistuksen mittaamisessa on otettu huomioon, että vaikka kysymys on kahdesta törkeästä pahoinpitelystä, niin ne muodostavat kuitenkin yhden kokonaisuuden. Asianomistajille aiheutetut vammat eivät ole olleet onneksi erityisen vaarallisia. Toisaalta teon moitittavuutta lisää se, että vastaajat ovat ottaneet oikeuden omiin käsiinsä ja ryhtyneet pahoinpitelyyn. Vastaajat ovat osittain korvanneet asianomistajille aiheuttamiaan vahinkoja ja lisäksi heidän maksettavakseen tulee oikeudenkäyntikuluja. Sen vuoksi oheissakkoja ei tuomita.”

4 Johtopäätökset

Rangaistusseuraamuksen perustelut törkeästä pahoinpitelystä annetuissa tuomioissa ovat tyypillisesti varsin lyhyet. Useimmiten perustelut ovat silti jossakin määrin konkreettiset, vain joskus seuraamus perustellaan rikoksen vakavuudesta huolimatta pelkällä fraasilla. Joissakin tapauksissa vähäisten perustelujen selityksenä voi olla, että perustelujen kirjoittaja

katsoo perustelleensa myös rangaistuksen määräämistä jo syyksi lukemisen perustelujen yhteydessä. Syyksi lukemisen perustelut tapaavat olla laajemmat, ja niissä toki kosketellaan väistämättä myös teon vakavuuteen liittyviä seikkoja. Mahdollisesti tästä syystä seuraamusperusteluissa hyvin usein myös perustellaan vankeuslajin valintaa yksinomaan rikostaustalla tai sen puutteella: teon vakavuuteen liittyvät seikathan on mainittu jo aiemmin. Tietenkin olisi toivottavaa, että relevantit teon vakavuudesta ja teosta ilmenevästä tekijän syyllisyydestä kertovat teonpiirteet toistettaisiin seuraamusperusteluissa ja kytkettäisiin selkeästi mittaamisratkaisuun, jos ne ovat tuomioistuimen käsityksen mukaan olleet siihen vaikuttamassa.

Joka tapauksessa käräjäoikeuksien perusteluista nähdään, että rikostausta on erittäin keskeinen, jopa keskeisin, vankeuslajin valintaan vaikuttava seikka. Rikostausta voi vaikuttaa myös mittaamisratkaisuun, mutta ainakaan perustelujen tasolla näin ei ole, ellei aiempaa rikollisuutta oteta huomioon koventamisperusteena. Ehkä on syytä huomauttaa, että koska rikostausta vaikuttaa myös ehdonalaisen vapauttamisen ajankohtaan, se voi vaikuttaa seuraamuksen ankaruuteen enimmillään kolmessa eri kohdassa.

Vankeusrangaistuksen keston mittaamista ja vankeuslajin valintaa perustellaan usein holistisesti, ts. molempia perustellaan samalla kertaa ja samoin perustein. On korostettava, ettei tähän tutkielmaan valitun tutkimusmenetelmän keinoin voi saada tietoa siitä kysymyksestä, onko itse päätöksenteko niin holistista kuin perustelut antavat ymmärtää. Kenties varovasti voidaan järkeillä, että lainmukaisessa järjestyksessä (ensin kesto, sitten laji) tehtyä päätöstä pyrittäisiin perusteluissa myös siten kuvaamaan. Kääntäen tämä merkitsee, että muunlaiset perustelut viittaavat muunlaiseen päätöksenteon järjestykseen. Kaikki tuomarit eivät siis päättä aina ensin vankeusrangaistuksen kestosta ja sen jälkeen vankeuslajista, vaan myös päinvastaista järjestystä ja/tai holistista päätöksentekoa esiintyy.

Jos vankeuslajin valintaa perustellaan käräjäoikeustuomioissa selvästi erikseen, sitä monesti perustellaan ennen kaikkea rikostaustalla. Tätä voidaan selittää sillä, että rikostausta on lajinvalinnassa keskeisesti huomioon otettava seikka, joka ei välttämättä edes sisälly mittauksen yleisperiaatteen mukaisiin mittaamisperusteisiin¹²⁷. Perusteluja kirjoittava tuomari voi katsoa teonpiirteiden tulevan käsitellyksi mittaamista perusteltaessa, minkä vuoksi vankeuslaji ratkeaa lähinnä rikostaustan perusteella. Tällainen ajattelutapa ei olisi lainmukainen,

¹²⁷ Ks. alaviitettä 96.

sillä teonpiirteiden tulee vaikuttaa myös lajinvalintaan – varsinkin vakavissa rikoksissa kuten törkeissä pahoinpitelyissä.

Mainituista päätöksentekoympäristön piirteistä johtuu, ettei tyypin 1 prosessien osuutta tuomarin päätöksenteossa tai ainakaan rangaistuksen määräämisessä voi poistaa. Sellaista informaatiota, jonka pitäisi vaikuttaa määräämisratkaisuun, on niin paljon, että tehtävä voi olla liian hankala pelkästään tietoisille, analyyttisille tyypin 2 prosesseille. Lienee realiteetti, että nimenomaan tuomarin työssä tarvitaan kummankinlaisia prosesseja, ja on esitetty ajatus myös välimuotoisista kvasirationaalisista prosesseista. Tarvittaisiin enemmän tutkimustietoa päätöksentekotyypin käytöstä ja työnjaosta tuomarin tehtävissä ja rangaistuksen määräämisessä, jotta voitaisiin antaa täsmällisiä sääntelysuosituksia.

Jo nyt tiedetään kuitenkin, että tyypin 1 prosessien kehittymisen kannalta eräs keskeisiä seikkoja on säännöllinen palaute. Olisi pohdittava keinoja parantaa tuomarien saaman palautteen laatua ja varsinkin taajuutta. Suunnitteilla olevassa asessorin koulutuksessa jatkuvan palautteen halutaan olevan hyvin keskeisessä osassa¹²⁸. Kenties esimerkiksi asessorin antamista rikostuomioista voitaisiin antaa silloin tällöin välitöntä, hyvin informoitua palautetta rangaistuskäytännön yhtenäisyyden näkökulmasta ja siis arvioida hänen ratkaisujaan tuoreeltaan erityisesti oikeuskäytännön valossa. Vaikkei tuomarin päätöksentekoympäristöä voikaan muuttaa varsinaisesti validiksi, tällainen olisi askel oikeaan suuntaan tyypin 1 prosessien kehittämiseksi edes jossakin määrin.

Henkilön tai ammattikunnan asiantuntemuksen laatua ei voi selvittää kysymällä asianomaisilta itseltään. Tuomarin näkökulmasta päätöksenteon tutkimuksen alueella saatuja tuloksia tulee tulkita sillä tavoin, että implisiittisen oppimisen voimaan ei kannata tuomarin luottaa. Hänen tulee kehittää asiantuntemustaan metodisesti ja analyyttisesti, sillä yksinomaan kokemuksen ja toistojen kartuttaminen ei riitä kehittämään hänen asiantuntemustaan ei-validissa päätöksentekoympäristössä, vaikka hänestä itsestään voi siltä tuntuakin. Joihinkin asioihin tuomari ei voi itse vaikuttaa. Tällaisia ovat esimerkiksi erilaisten seuraamusvaihtoehtojen lukumäärä ja huomioon otettavien seikkojen lukumäärä. Hän ei voi vaikuttaa suoraanaisesti myöskään omien intuitioidensa sisältöön. Nähdäkseni tuomari itse voi laadukkaan päätöksenteon edistämiseksi lähinnä kiinnittää huomiota perustelemiseen ja perustelujen konkreettisuuteen. Ei ole varmuutta siitä, että huolellinen perusteleminen vaikuttaa lopputulosten laatuun, mutta perustelujen avoimuus ja kattavuus näyttäisivät mahdollistavan oman

¹²⁸ Ks. esim. Tuomareiden koulutusjärjestelmän kehittäminen (2015) s. 52–56.

ratkaisun kriittisen tarkastelun. Yksityiskohtaiset perustelut joka tapauksessa tekevät ratkaisun helpommaksi arvioida ylioikeudelle, mitä tulee pitää pelkästään myönteisenä asiana.

Rutinoituminen on hankala kysymys tuomarin asiantuntemuksen kannalta. Päätöksenteon rutiininomaisuus on yhteydessä sen korkeaan tasoon, jos päätöksentekotilanteet toistuvat riittävän samanlaisina. Tämä johtuu siitä, että rutinoituminen aktivoi tyypin 1 prosesseja, joiden laskentateho on ylivoimainen tyypin 2 prosesseihin verrattuna. Tyypin 1 prosessien käytöllä ei kuitenkaan välttämättä saavuteta etua sellaisessa ympäristössä, jossa tilanteet vaihtelevat hienovaraisella tavalla ja useiden piirteiden suhteen. Rutiinijutut kenties voi ratkaista tyydyttävästi intuition keinoin, mistä ei tosin siitäkään ole suoranaista näyttöä, mutta ehdottomasti riskinä olisi *poikkeuksellisten juttujen virheellinen tunnistaminen rutiinijutuksi*. Tällaisia intuitiivisia virheitä on hankala tai mahdoton huomata itse. Näin ollen tuomareita lienee kehotettava varomaan rutinoitumista.

Rangaistuksen määrääminen on varsin monivaiheinen prosessi, jossa on monesti käytettävissä lukuisia seuraamusvaihtoehtoja ja -yhdistelmiä. Koko rangaistuksen määräämiseen liittyvän päätöksentekokokonaisuuden tarkastelu on monimutkaisuutensa vuoksi aiheellista lykätä siksi, kunnes eri osaongelmien ratkaisemisesta on tehty riittävästi tutkimusta. Törkeän pahoinpitelyn kohdalla määräämisratkaisu kuitenkin pelkistyy vankeusrangaistuksen keston mittaamiseen ja vankeusrangaistuksen ehdollisuudesta tai ehdottomuudesta päättämiseen. Tämän vuoksi tässä tutkielmassa on voitu tarkastella rangaistuksen määräämisratkaisua yksinkertaistetussa muodossa.

Päätöksenteon tutkimuksen näkökulmasta ei voi tehdä yleistystä, että perättäinen päätöksenteko johtaisi laadukkaampiin päätöksiin kuin holistinen¹²⁹. Se riippuu päätöksentekoympäristöstä ja -tilanteesta. Holistista *perustelemistakaan* ei nähdäkseni kuulu suoraan moittia, koska lain mukaan molempia osaratkaisuita kuuluu perustella osin samoilla seikoilla; holistisessa perustelutavassa voi olla osittain kyse vain tavasta kirjoittaa perustelut ekonomisesti, toistamatta aiemmin todettua. Tässä tutkielmassa on jätettävä ottamatta lopullisesti kantaa siihen, kytkeytyykö holistinen perustelutapa holistiseen ajattelutapaan eli käytännössä intuitiiviseen päätöksentekoon. Voidaan kuitenkin todeta, että jos ratkaisu tehtäisiin tällä tavoin, tuomari mahdollisesti voisi ottaa lukuisat rangaistukseen vaikuttavat seikat paremmin samanaikaisesti huomioon mutta samalla hän altistuisi monille päätöksenteon harhoille.

¹²⁹ ”Perättäisellä” tarkoitetaan tässä siis yksinkertaisesti sitä vaihtoehtoa, että päätökset vankeuslajista ja vankeuden kestosta tehtäisiin erikseen.

Vaikka intuitiot sinänsä ovat arvokkaita ja välttämättömiä, juuri tuomarin päätöksenteon kontekstissa niihin pitää suhtautua varoen.

Tuomittavan vankeusrangaistuksen pituus ja ehdottoman tuomion todennäköisyys lienevät huomattavan suuressa korrelaatioissa keskenään enintään 2 vuoden pituisissa tuomioissa. Eräs tilastollinen tarkastelu, joka voisi hyödyttää tulevaa tutkimusta, voisikin olla juuri siinä, missä suhteessa mainittu todennäköisyys kasvaa lähestyttäessä 2 vuoden tuomiota. Ajankoh- taista tilastotietoa asiasta ei ole. Tällainen tieto olisi sinänsä mielenkiintoinen niin käytännön työssä kuin tutkimuksellisestikin, mutta sitä kautta voitaisiin myös saada tietoa rangaistuk- sen määrittämisen holistisuudesta. Jos esimerkiksi havaittaisiin, että ehdollisten tuomioiden osuus vähenee odotettuakin enemmän esim. 1 v 10 kk ylittävissä tuomioissa, tämä voisi olla merkki siitä, että näin pitkiä ehdollisia ei haluta mitata. Lähes 2 vuoden ehdollinen tuomio perusteluineen joutunee nimittäin ylioikeudessa erityisen tarkastelun kohteeksi. Tämä taas on helppo välttää mittaamalla rangaistus hieman lyhyemmäksi, esim. 1 v 8 kk ennemmin kuin 1 v 11 kk, jos ja *vain jos* päätös rangaistuksesta tehdään holistisesti tai vankeuslaji ensin.

Kysymystä osaratkaisujen järjestyksestä käytännön tuomioistuintyössä pitäisi tutkia lisäksi kokeellisesti. Sopivan koeasetelman keksiminen tähän tarkoitukseen on hankalaa, mutta eräs keino voisi olla esittää tuomarikoehenkilöille fiktiivinen oikeustapaus. Se esimerkiksi muis- tuttaisi jotakin todellista tapausta, jossa on jouduttu pohtimaan ehdollisen ja ehdottoman vankeusrangaistuksen rajanvetoa. Koehenkilöä pyydetäisiin päättämään sopivasta rangais- tusseuraamuksesta ja selostamaan päätöksentekoaan reaaliajassa. Tällä tavoin tiettävästi voi- daan saada tietoa 2-tyypin prosessien etenemisestä ja tässä tapauksessa mm. siitä, kumpaa kysymystä tuomarit tietoisesti miettivät ensin.

Kenties eräs mielekäs tutkimuksellisen mielenkiinnon ja mahdollisten säädösmuutosten kohde olisi ehdollisen vankeuden koeaikojen kesto. Olisi tärkeää varmistua siitä, että niiden määrittämisessä noudatetaan suhteellisuusperiaatetta. Joillekin tuomituille voi koeajan kesto olla tuomion keskeisintä sisältöä. Joudutaan mielenkiintoisen kysymyksen eteen, jos koeajat otetaan mukaan tuomioistuimen seuraamuspäätöksenteon tarkasteluun siitä Lappi-Seppälän asettamasta lähtökohdasta, että päätöksentekoprosessi tulisi aloittaa päätöksistä, joilla on suurin relevanssi itse lopputuloksen ja myöhempien ratkaisujen kannalta.

Jatkotutkimusta voitaisiin tehdä myös mm. tarkastelemalla tuomarin päätöksenteon ns. kon- sistenssia, joko tuomarikohtaista tai tuomarienvälistä. Kokeellisessa asetelmassa tuomarille voitaisiin antaa ratkaistavaksi useita tapauksia, joista osa olisi keskenään identtisiä paitsi

joiltakin epäolennaisilta osin, jolloin voitaisiin verrata tuomarin ratkaisuja noissa identtisissä tapauksissa (tuomarikohtainen konsistenssi). Voitaisiin myös antaa useille tuomarikoehenkilöille sama mittaamistehtävä ja verrata heidän ratkaisujaan (tuomarienvälinen konsistenssi). Konsistenssia voisi mahdollisesti tutkia myös tuomioistuinaineiston perusteella ilman kokeellista asetelmaa. Koska rangaistuksen määräämistilanteisiin ei ole yhtä oikeaa ratkaisua, konsistenssi tällä tavoin mitattuna olisi käyttökelpoisimpia keinoja empiirisesti arvioida tuomarien suoriutumistasoa.

Päätöksenteon harhoista hyvin olennainen juuri rangaistuksen määräämisen ja mittaamisen kannalta on ankkurointi. Ankkuroinnissa rangaistus tapaa asettua lähelle jotakin asiaan liittyvää lukua, joka on vahvimmin rangaistusta mittaavan tuomarin mielessä. Olisi ajateltava, tonta antaa vain yksinkertainen ohje välttää ankkurointia, sillä kyseessä näyttää olevan kognitiivisesti läpäisemätön päätöksentekoon vaikuttava efekti, jota *ei voi* välttää. Paremminkin on ohjeistettava tuomareita ankkuroitumaan parhaaseen mahdolliseen tai vähintään mahdollisimman relevanttiin lukuun. Tällaisia ovat esimerkiksi *normaalirangaistus* tai jossakin *vas-taavanlaista tapausta käsittelevässä mittaamisprejudikaatissa annettu rangaistus*. Normaalirangaistuksen tulisi perustua tilastotietoon, ei tuomarin henkilökohtaisiin aavistuksiin, ja riittävän tarkkaa tilastotietoa ei esimerkiksi tekotavoiltaan niin vaihtelevassa rikoksessa kuin törkeässä pahoinpitelyssä ole saatavilla. Mittaamisprejudikaattien kohdalla taas on kiinnitettävä tarkoin huomiota perusteluihin ja niissä kerrottuihin relevantteihin teonpiirteisiin, jotta tosiaan varmistutaan käsillä olevan tapauksen samankaltaisuudesta prejudikaatin tapauksen kanssa.

Rangaistuksen määrääminen on tuomioistuimen päätöksenteon muotona erityinen. Vaikka jokainen rikos on erilainen ja harkinta siten yksittäistapauksellista, seuraamusratkaisussa tulee pyrkiä suhteellisuuden lisäksi myös yhdenvertaisuuteen ja ratkaisut on kyettävä perustelemaan. Jos tällaiset ratkaisut tehdään yksinomaan intuitiivisesti tyypin 1 prosessein, vaarantuu päätöksenteon *rationaalisuus* sanan molemmissa merkityksissä ja sen myötä niin yhdenvertaisuus kuin suhteellisuuskin. Tämä johtuu tuomarin ei-validista päätöksentekoympäristöstä, joka ei ole omiaan edistämään laadukkaiden intuitioiden kehittymistä. Rangaistuksen määrääminen päätöksentekotehtävänä on senlaatuinen, ettei päätöksentekoympäristöä voi muuttaakaan validiksi: rangaistuksen määräämisen subjektiivisia elementtejä ja kokonaisvaltaisen harkinnan vaatimusta ei voi poistaa kaventamatta harkintaa liiaksi. Tuomitsemisen pitää olla yksilöllistä, ja jos määräämisperusteita yritetään pelkistää esimerkiksi tau-

lukon muotoon ja siten kaavamaisaa päätöksentekoa, jotkin näkökohdat väistämättä alikorostuvat. Muutoinkin rangaistuksen määräämisen normittamisessa tulee pyrkiä balanssiin vapaan harkinnan ja tiiviin kontrollin välillä.

Tieto tyyppirikoksista tuomittavista keskirangaistuksista voisi olla tuomioistuimen päätöksentekoon hyvä apuväline. Tämäntyyppinen taustatieto edistäisi rangaistuskäytännön yhtenäisyyttä ilman, että kahlehditaan tuomarin päätöksentekoa liiaksi. Erityisesti törkeän pahoinpitelyn kaltaisissa rikoslajeissa, joissa tekotavat ja myös teon vakavuus vaihtelevat erittäin suuresti, pelkkä tieto normaalirangaistuksesta ei ole riittävä. KKO:n näkemys onkin, että mittaamisprejudikaattien tulee olla keskeisessä osassa päätettäessä rangaistuksesta.

Tämän pohjalta on esitettävä toive, että KKO antaisi mittaamisprejudikaatteja erityisesti tyyppitapauksissa ja aivan erityisesti massarikollisuutta edustavissa tyyppitapauksissa, joiden kaltaisia esiintyy oikeuskäytännössä runsaasti. Näin on KKO:ssa jossakin määrin myös pyritty toimimaan. Tällä tavoin tuomarit saisivat mahdollisimman usein mittaamisprejudikaateista luotettavan lähtökohdan rangaistusseuraamusta koskevalle päätöksenteolle. Myös empiirinen tieto rangaistustasoista pääsisi tällä tavoin vaikuttamaan tuomarin päätöksentekoon olettaen, että itse mittaamisprejudikaattia varten on KKO:ssa hyödynnetty tilastotietoa ja tehty kattava selvitys viitetapausten rangaistustasosta. Sekä mittaamisprejudikaattiksi sopivia juttuja valittaessa että mittaamisprejudikaatteja tulkittaessa tulisi ottaa huomioon myös tekijän rikostaustan mahdollinen vaikutus rangaistuksiin. Yhtä keskeistä on tietenkin, että alioikeudet käyttävät näitä ennakkoratkaisuja niin päätöksenteossaan kuin perustelemisessaankin. Aineistoni perusteella tämä oli harvinaista vielä vuonna 2012, mutta toivottavasti mittaamisprejudikaatteihin viittaaminen on sen jälkeen yleistynyt sitä myötä, kun niitä on tullut lisää.

Tutkimustulokset tuomarin intuition epäluotettavuudesta ja irrelevanttien seikkojen vaikutuksista tuomarin päätöksentekoon puhuvat sen johtopäätöksen puolesta, ettei rangaistuksen määräämistä tai mittaamista voi jättää tuomarin kontrolloimattoman vapaan harkinnan varaan. Samaan aikaan on kuitenkin niin, että taulukkomuotoiset tai muutoin hyvin tarkat tuomitsemisohjeet eivät poista näitä ongelmia. Huomioon otettavien seikkojen kirjo on suuri, ettei tuomitsemisohjeissa voitaisi ottaa huomioon kaikkia olennaisia kriteerejä. Vaarana olisi, että joitakin lain mukaan rangaistukseen vaikuttavia seikkoja jäisi huomiotta. Kotimaiselle järjestelmälle on annettava kiitosta sellaisen keskitien valitsemisesta, jossa yhtäältä

sääntely on väljää mutta toisaalta mittaamisprejudikaatit tarjoavat rangaistuksen määräämiselle kiinnekohtia.